

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Procesal

**El principio dispositivo frente a la prueba de oficio en el proceso
contencioso administrativo**

Paúl Fabricio Narváez Narváez

Tutor: Diego Francisco Yépez Garcés

Quito, 2020



Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, Paúl Fabricio Narváez Narváez, autor de la tesis intitulada “El principio dispositivo frente a la prueba de oficio en el proceso contencioso administrativo”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Procesal en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

01 de septiembre de 2020

Firma: _____

Resumen

El presente trabajo aborda una problemática que, lejos de haberse zanjado, ha generado múltiples opiniones, muchas de ellas incluso contrapuestas. En esta investigación, determinaremos si en el proceso contencioso administrativo existe colisión, contraposición o contradicción entre el principio dispositivo y la potestad oficiosa del juez para ordenar pruebas, pudiendo inclusive plantearse la posibilidad de que esta potestad oficiosa sea más bien complementaria, tomando en cuenta que esta clase de proceso posee la particularidad de que una de las partes en conflicto es precisamente la Administración Pública, la cual está dotada de una serie de facultades o prerrogativas que generan una situación de preponderancia frente al administrado. Esta primacía, si es mal empleada, puede desembocar en arbitrariedad y abuso de poder por parte de la autoridad pública. Para el efecto, se desarrolló una investigación descriptiva con enfoque garantista, basada en fuentes bibliográficas especializadas en derecho procesal, derecho administrativo, derecho constitucional, derecho civil, así como en normativa y jurisprudencia nacional e internacional. Los resultados de este estudio revelan que, en lugar de presentarse contradicción entre el principio dispositivo y la prueba de oficio, en realidad existe una necesaria complementariedad cimentada en el carácter cuasi oficioso del proceso contencioso administrativo, cuyo objeto primordial, además de tutelar los derechos e intereses del administrado, se centra en controlar en vía jurisdiccional, la legalidad de los actos de la Administración Pública, cumpliendo con el paradigma del Estado Constitucional de Derechos y Justicia que erradica toda posibilidad de inmunidad en relación a los actos del Poder Público.

Palabras clave: principio dispositivo, proceso contencioso administrativo, prueba de oficio, sistema de justicia oral adversarial

A los jueces, letrados, estudiantes y otros apasionados amantes del Derecho, por su constante dedicación en la investigación y mejoramiento de las instituciones jurídicas.

Agradecimientos

Agradezco a mi esposa Mayra por el inagotable apoyo. A mis hijos Alanis y Aaron, por ser mi inspiración y el impulso para seguir adelante. A mi madre, por haberme forjado aún frente a la adversidad. Y a Diego Yépez, por compartir generosamente su conocimiento conmigo y sus apreciaciones certeras.

Tabla de contenidos

Introducción.....	13
Capítulo primero El principio dispositivo	17
1. Naturaleza jurídica.....	17
2. El principio dispositivo como axioma jurídico-técnico del proceso	19
3. Concepción clásica del principio dispositivo	21
4. El principio dispositivo en el sistema adversarial	27
5. El principio dispositivo en el ordenamiento jurídico ecuatoriano	30
5.1. Alcance	30
5.2. Limitaciones	31
6. Origen del modelo oral ecuatoriano	33
7. El principio dispositivo en el Código Orgánico General de Procesos.....	35
8. Aplicación del principio dispositivo en el proceso contencioso administrativo	38
Capítulo segundo La prueba de oficio	43
1. Naturaleza jurídica.....	43
2. La prueba para mejor resolver	45
3. Parámetros para la adopción de pruebas para mejor resolver	47
4. La potestad del juez para ordenar pruebas de oficio en la legislación ecuatoriana	52
5. La prueba de oficio en el Código Orgánico General de Procesos	55
6. Evolución jurídica del proceso contencioso administrativo	59
7. El juez contencioso administrativo como mero revisor de las actuaciones administrativas.....	64
8. El carácter oficioso del proceso contencioso administrativo en materia probatoria	67
9. La implementación práctica de la iniciativa probatoria del juez en el proceso contencioso administrativo	73
10. Crítica sobre la inserción del contencioso administrativo en el Código Orgánico General de Procesos.....	75
Capítulo tercero El principio dispositivo frente a la prueba de oficio en el proceso contencioso administrativo	79
1. El principio dispositivo y la prueba de oficio en el proceso contencioso administrativo: una aparente contradicción	79

2. Complementariedad entre el principio dispositivo y la prueba de oficio en el proceso contencioso administrativo	83
Conclusiones.....	87
Bibliografía.....	89

Introducción

La Constitución de la República del Ecuador ha consagrado al principio dispositivo como rector en todos los procesos, especialmente en materias no penales. No obstante, nuestro ordenamiento jurídico también ha reconocido la potestad que tiene el juez para ordenar pruebas por su propia iniciativa.

Tomando en consideración que el principio dispositivo implica una limitación a las facultades del juez, quien se encuentra avocado a intervenir en el proceso solamente cuando las partes se lo solicitan expresamente, resulta interesante destacar la potestad que tiene el juez para ordenar la práctica de pruebas aun cuando las partes no lo hayan pedido; pero esta facultad no es una mera liberalidad del juez, pues la debe ejercer cuidadosamente, siempre en aras de dotar del mayor grado de justicia a su decisión.

Lo mencionado encuentra una aplicación *sui generis* en el proceso contencioso administrativo, ya que este tiene sus propias particularidades y caracteres distintivos que derivan en una morigeración del principio dispositivo, para posibilitar al juez contar con los insumos probatorios necesarios para poder decidir con el mayor apego a la justicia el asunto sujeto a su dilucidación, y que han sido establecidas con el fin de tutelar los derechos del administrado quien –mientras se encuentra inmerso dentro de la esfera administrativa– soporta una situación de desventaja frente a los poderes de la Administración. Este desequilibrio se desvanece cuando el administrado acude al órgano jurisdiccional, en ejercicio de su derecho a la impugnación judicial de las actuaciones administrativas del Estado, consagrado en el 173 de la Constitución de la República.

En relación con lo mencionado, el objetivo de esta investigación se centra en establecer si existe contrariedad entre el principio dispositivo y la prueba de oficio en el proceso contencioso administrativo, dado el carácter peculiar de esta clase de proceso en el que se encuentra inmersa la Administración Pública como uno de los litigantes. Para tal propósito, esta investigación responderá las siguientes interrogantes: ¿El principio dispositivo consagrado en nuestra Ley suprema, particularmente en el aspecto de aportación de la prueba, proscribire la facultad oficiosa del juez contencioso administrativo para ordenar pruebas? ¿Cómo podrán conciliarse dos aspectos que aparentemente se presentan contradictorios y excluyentes entre sí? ¿Qué matices o elementos diferenciadores se presentan en el proceso contencioso administrativo a fin de coadyuvar

al equilibrio o armonía entre el principio dispositivo y la facultad oficiosa del juez para disponer la práctica de pruebas?

Un hecho trascendental para la realización de esta investigación tiene relación directa con la promulgación del Código Orgánico General de Procesos. Este cuerpo procesal revolucionario removi6 radicalmente la estructura del antiguo sistema esencialmente escriturario, proclamando el dominio del sistema de justicia oral adversarial, fenómeno procesal que tambi6n alcanz6 al proceso contencioso administrativo, dot6ndole de un tratamiento espec6fico acorde con su naturaleza de contralor jurisdiccional de la actividad estatal. De ah6 que coexistan, en perfecta armonía, normas de corte dispositivo aplicables de manera general a todos los procesos en materias no penales, con aquellas que confieren cierta oficiosa al juez contencioso administrativo, en aras de facilitar su labor fiscalizadora en sede jurisdiccional de los actos del poder p6blico.

La fuente primaria para la elaboraci6n de esta investigaci6n es esencialmente bibliogr6fica, basada en los estudios doctrinarios en las disciplinas del derecho procesal, derecho constitucional, derecho administrativo y derecho civil; tambi6n se nutre de criterios jurisprudenciales relativos al tema tratado, as6 como de la normativa vigente y pertinente para el caso.

En el primer cap6tulo, partiremos por identificar el principio dispositivo como aquel de mayor preponderancia especialmente en materias no penales. Estableceremos su origen, desarrollo, alcances y l6mites. Ubicaremos su trascendencia en el marco del sistema de justicia oral adversarial preconizado en el actual C6digo Org6nico General de Procesos, lo que nos exige adem6s revisar de manera breve este sistema procesal como modelo de aplicaci6n vigente. A continuaci6n, abordaremos el influjo del principio dispositivo en el proceso contencioso administrativo. Para este cometido, revisaremos los or6genes del Derecho Administrativo y, por ende, del contencioso administrativo. Luego, nos trasladaremos al estudio de la legislaci6n nacional destinada a regular esta clase de procesos, para finalmente ubicarnos en el actual sistema de justicia oral aplicado al contencioso administrativo, resaltando las notas distintivas del mismo.

En el segundo cap6tulo, nos ocuparemos de tratar la prueba de oficio partiendo de una perspectiva ortodoxa, cimentada en el car6cter privado del proceso hasta su conversi6n hacia una visi6n m6s publicista y, si fuere del caso, garantista. Revisaremos la aplicaci6n de la iniciativa probatoria del juez desde un campo reducido y excepcional, encasillado en las denominadas diligencias para mejor proveer. Trataremos las potestades

oficiosas del juez contencioso administrativo en materia probatoria, tomando en cuenta el desarrollo histórico del contencioso administrativo a lo largo del tiempo, enfocándolo en el marco de la realidad ecuatoriana y, dentro de ella, en el sistema de justicia oral por audiencias.

En el tercer capítulo, confrontaremos el principio dispositivo frente a la prueba de oficio para desvirtuar enérgicamente la aparente contradicción que se produciría en el proceso contencioso administrativo y resaltaremos el carácter cuasi oficioso del mismo. Esto, principalmente, para establecer que entre estos dos aspectos procesales se produce una necesaria complementariedad que permitirá al juez contencioso administrativo realizar, de manera más adecuada, su labor como contralor de los actos de la Administración Pública, materializando el paradigma del Estado Constitucional de Derechos y Justicia en el que no existen sectores inmunes al control jurisdiccional.

Capítulo primero

El principio dispositivo

1. Naturaleza jurídica

El proceso, entendido como el conjunto de “numerosos actos sucesivos y relacionados entre sí y que, además se enmarcan de las grandes etapas procesales, que son: la afirmación, la negación, la confirmación y la evaluación”,¹ responde en cuanto a su realización, agotamiento y clausura, a la intervención de los sujetos que componen la relación procesal: el juez y las partes. En función de la injerencia más o menos preponderante de alguno de estos sujetos, han surgido sistemas procesales basados en dos principios: el dispositivo y el inquisitivo.

El principio dispositivo “consiste en que la iniciativa del proceso corresponde a las partes y de ninguna manera al órgano jurisdiccional, y en que éste [sic] debe pronunciarse únicamente sobre el contradictorio, obra de las partes, que afirman, niegan, aportan pruebas y adoptan posturas una frente a la otra, de modo que lo que no está en el proceso es inatendible”.² Por su parte, el principio inquisitivo “por un aspecto, le da al juez la función de investigar la verdad por todos los medios legales a su alcance, sin que la inactividad de las partes lo obligue ni lo limite a decidir únicamente sobre los medios que ellas le llevan o piden, y por otro aspecto lo faculta para iniciar de oficio el proceso y para dirigirlo con iniciativas personales”.³

Es necesario advertir que, en cuanto a su implementación, no se trata de una aplicación única o exclusiva de uno u otro sistema, ya que, en estricto rigor, no se trata de principios aplicados en pureza. Efectivamente, “ninguno de estos dos sistemas o procedimientos se aplica con carácter exclusivo, de suerte que cuando se dice, por ejemplo, que un procedimiento es dispositivo, con ello no se quiere significar que es este principio el único que deba gobernar el proceso”.⁴ De allí que no se pueda tratar a un determinado sistema procesal como estrictamente dispositivo o inquisitivo, siendo más adecuado referirse a sistemas con *predominio* de uno u otro sistema.

¹ Beatriz Quintero y Eugenio Prieto, *Teoría general del proceso* (Bogotá: Temis, 1995), 118.

² José Alfonso Troya Cevallos, *Elementos de derecho procesal civil* (Quito: Pudeleco Ediciones, 2002), 155.

³ Hernando Devis Echandía, *Teoría general del proceso aplicable a toda clase de procesos* (Buenos Aires: Editorial Universidad, 2004), 60–1.

⁴ *Ibíd.*, 61.

La articulación de uno u otro sistema, responde a contextos históricos y circunstancias económicas, políticas e ideológicas específicas que les dieron forma y carácter propio. Sin embargo y como veremos a continuación, en su mayoría se trata de concepciones que, si bien tuvieron acogida en un momento determinado, han ido cambiando con el paso del tiempo debido principalmente a la dinámica social y el carácter dialéctico⁵ de la naturaleza humana.

El punto de partida para analizar estos principios, en lo que nos interesa, es la Revolución francesa.⁶ La división de poderes implicó una devaluación del poder judicial. Para pensadores revolucionarios como Montesquieu, “En la concepción ideológica base de la Revolución francesa, la doctrina de la división de poderes no significó la aparición de un verdadero poder judicial. Los revolucionarios partían de una clara desconfianza frente a los tribunales”.⁷ Esta concepción ideológica fue llevada a la realidad, traduciéndose en un voto de desconfianza en desmedro de la función judicial, la cual quedó subordinada a las otras funciones. De allí que el rol del juez bajo este esquema “ha de limitarse a aplicar la ley creada por las verdaderas fuerzas sociales; su actividad es puramente intelectual, no creadora de nuevo derecho”.⁸ Con ello, se inserta la clásica concepción –propia de la Europa continental– de que el juez no es más que la boca de la ley. Este criterio tuvo recepción y acogida en América Latina gracias al influjo de los Códigos Napoleónicos, que en definitiva fueron:

una estrategia muy interesante para efectos de solucionar y racionalizar el problema de fuentes que existía. Se redujo el derecho a la ley. Después de varios intentos, se condensaron las disposiciones existentes a un único código en el cual pudiera cumplirse los requisitos de claridad, coherencia, consistencia, simplicidad y manejabilidad [...]. El culto al Código conllevó una camisa fuerte para el juez.⁹

Bajo este esquema, era inconcebible que la labor jurisdiccional pudiera llegar a realizar control de constitucionalidad de las leyes o control de legalidad de las actuaciones

⁵ Dialéctica: “Teoría filosófica que concibe al mundo en constante movimiento. Para ella nada es eterno, todo es perecible, todo pasa, todo es y deja de ser. El reposo no existe, nada es estático, las cosas y las ideas germinan y fluyen incesantemente”.*

* Rodrigo Borja, *Enciclopedia de la política* (México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2002), 417.

⁶ “Surge este sistema en la segunda mitad del siglo XIX, como un freno al poder absoluto del Estado, aunque su esencia embrionaria fue conocida desde los más remotos tiempos”.*

* Quintero y Prieto, *Teoría general del proceso*, 119.

⁷ Juan Montero Aroca, ed., *Derecho jurisdiccional. 1: Parte general*, 13ª. ed., (Valencia: Tirant lo Blanch, 2004), 29.

⁸ *Ibid.*, 30.

⁹ Wilson Yesid Suárez Manrique, “El rol del juez en el Estado constitucional”, *IUSTITIA* 0, n.º 12 (24 de septiembre de 2016): 107, doi:10.15332/iust.v0i12.1492.

de la administración pública, limitando su ámbito de acción a los litigios entre particulares y la imposición de penas. Así se ha concebido tradicionalmente al litigio entre privados como expresión del principio dispositivo, mientras que, al proceso penal, como expresión del inquisitivo, criterios que han sido refutados y enervados con el transcurso del tiempo.

Conforme lo anotado, no es exacto sostener que la nota distintiva del principio dispositivo sean los fines privados del litigio, mientras que en el inquisitivo lo sea el publicismo. Acertadamente se ha dicho que “el meollo de la distinción entre ambos es la determinación de la extensión y límites de los poderes-deberes del juez y de las cargas de las partes con respecto al litigio, a la aportación del material de conocimiento y a la actividad en el proceso, así como al aspecto de la investigación”.¹⁰ En este mismo sentido, tratándose del carácter privado que se atribuye el principio dispositivo, acertadamente se ha sostenido que “se constató que lo más importante en el proceso no es que los particulares resolvieran su conflicto sino que, a través de él, el derecho objetivo –creado por el propio Estado– se tornará eficaz y respetado y asimismo, a través de la exigencia judicial del cumplimiento del derecho objetivo, se logrará la paz social en justicia”.¹¹

En definitiva, no es aceptable señalar que los sistemas procesales se encuentren dominados única y exclusivamente por un determinado principio, pues esta tesis extremista terminaría por neutralizarlos tornándolos inútiles en cuanto a su implementación efectiva. Tampoco es atinado sostener que los principios anotados tengan como rasgo peculiar y distintivo el carácter más o menos privado del derecho en disputa, pues su campo de irradiación rebasa de la simple mirada hacia fines privados, ya que a través de la resolución de los conflictos, por más particulares que sean, se cumple con uno de los deberes primordiales del Estado, esto es, garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz.¹²

2. El principio dispositivo como axioma jurídico-técnico del proceso

En cuanto a su conformación y efectiva praxis, el proceso debe ceñirse a determinadas máximas de obligatoria observancia, que se conocen como principios

¹⁰ Quintero y Prieto, *Teoría general del proceso*, 119.

¹¹ Juan F. Monroy Gálvez, *Teoría general del proceso* (Lima: Palestra Editores, 2007), 72.

¹² “Son deberes primordiales del Estado: 8. Garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción”.*

* Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 3, núm. 8.

procesales. Estos suelen clasificarse según diversos criterios doctrinarios, pero los más relevantes para esta investigación son: principios jurídico-naturales y principios jurídico-técnicos del proceso.

Los principios *jurídico-naturales* son “aquellos que no pueden dejar de informar a la legislación y a la realidad procesal; aquellos que siempre deben ser efectivos y respetados”.¹³ Son vinculantes tanto para el legislador, en cuanto al diseño de la norma, como para el juez, en su efectiva aplicación.

Corresponden a esta clasificación el principio de *audiencia o contradicción*, que implica “la oportunidad de ser oído en el proceso para el ejercicio del derecho a la defensa en igualdad de condiciones, facultades y cargas”.¹⁴ No obstante, es importante precisar que este principio “no quiere decir que necesariamente deben intervenir las dos partes para que el acto tenga validez, sino que se les haya dado la oportunidad de intervenir”.¹⁵

Efectivamente, este principio no supone obligar a los litigantes a actuar en el proceso, pues bien puede seguirse en rebeldía de quien opta por no intervenir en él. Su propósito es garantizar la posibilidad de que las partes puedan conocer y participar en el proceso, a fin de que ejerzan su derecho a la defensa, si así lo quisiesen.

El otro principio que pertenece a esta clasificación es el de *igualdad*. Este consiste en dotar a los litigantes de los mismos mecanismos para defenderse, resaltando que “no se trata de exigir un derecho a ser igual que los demás, sino a ser tratado igual entre quienes se encuentran en idéntica situación”.¹⁶ A través de este, se garantiza el equilibrio de “armas” entre los justificables y se permite la igualdad de condiciones para que estas puedan confrontar sus posiciones ante el juzgador.

Los principios *jurídico-técnicos* del proceso “miran a la más eficaz adecuación del medio al fin que se pretende –la administración de la justicia– en función de cuál sea el tipo o la naturaleza de la pretensión”.¹⁷ Con base en estos principios, se delinea la forma como se originan los actos procesales, el objeto de la litis, la capacidad de disposición de las partes, el comportamiento de los sujetos procesales, entre otras consideraciones de carácter material que componen el proceso, y que son libremente elegidos por el

¹³ Álvaro R. Mejía Salazar, *La oralidad y los principios del procedimiento* (Quito: Iuris et Historia, 2018), 26.

¹⁴ Devis Echandía, *Teoría general del proceso*, 206.

¹⁵ Hugo Alsina, Gabriel Moreno Sánchez y AC (México) Asociación de Investigaciones Jurídicas, *Fundamentos de derecho procesal*, vol. 4, Clásicos de la teoría general del proceso (México: Jurídica Universitaria, 2001), 175.

¹⁶ Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia No. 245-12-SEP-CC”, en *Caso n.º: 0789-09-EP*, 24 de julio de 2012.

¹⁷ Mejía Salazar, *La oralidad y los principios del procedimiento*, 32.

legislador según la materia a tratar e, inclusive, por razones de carácter político o económico.

Pertencen a esta clasificación los principios: *dispositivo*, *de aportación de parte*, el de *oficialidad* y el *cuasioficioso*. Estos serán abordados en su oportunidad, a lo largo de este trabajo.

Finalmente y solo para fines ilustrativos, tenemos los *principios del procedimiento*. En este punto, cabe recordar que el procedimiento “es la forma externa – trámite– de la cual se encuentra revestido el proceso, por tanto, en su estructuración legislativa y en su aplicación práctica, el procedimiento ha de constituir un medio satisfactorio para la consecución de los fines del instituto al que sirve”.¹⁸

Estos principios se cimentan en la experiencia y la lógica humana encaminada a ejecutar de forma adecuada, eficaz y eficiente la labor de administrar justicia. Son criterios técnicos y prácticos vinculados con las nociones de efectividad, rapidez o seguridad que deben imperar en el procedimiento. Estos principios son: *inmediación o mediación*, *concentración y fraccionamiento*, *preclusión y elasticidad*, *publicidad y secreto*, *celeridad y economía*.¹⁹

3. Concepción clásica del principio dispositivo

Como se ha mencionado anteriormente, en sus inicios el principio dispositivo respondía a una dinámica social cimentada en una abierta desconfianza hacia la labor del juzgador. Esta visión se justifica principalmente en asociar al proceso civil con la concepción liberal de la sociedad, la cual “se manifiesta principalmente en el aspecto económico, en la distinción entre intereses públicos e intereses privados. En el proceso civil el interés que la parte solicita que sea protegido o tutelado por el órgano jurisdiccional es privado, siendo preponderante en él la autonomía de la voluntad”.²⁰ Esta noción privativista o liberal del proceso civil traería como consecuencia las notas o caracteres tradicionales que configuran el principio dispositivo.

El primero de ellos se refiere al poder de iniciativa del proceso. Bajo este postulado, el primer límite a la actividad jurisdiccional es precisamente la imposibilidad de que el juzgador pueda iniciar de oficio el proceso. Para que nazca la controversia, se

¹⁸ *Ibíd.*, 48.

¹⁹ *Ibíd.*, 48–49.

²⁰ Montero Aroca, *Derecho jurisdiccional I*, 333.

necesita demanda, pues sin ella no hay juicio. Con meridiana precisión se ha sostenido que:

Sin demanda de parte, el juez no solo no tiene obligación, sino que tampoco tiene facultad de fallar ni de iniciar un procedimiento; no puede dictar de oficio una sentencia favorable al actor, estando la actuación de la ley condicionada por la demanda de parte, en el campo de los intereses individuales, puesto que en ese caso no se habría verificado la condición para la actuación de la ley; ni podrá dictar sentencia favorable al demandado, porque la actuación en favor del demandado está siempre condicionada por la presentación de una demanda infundada del actor.²¹

Efectivamente, el juez no solo que no puede resolver sin demanda, sino que además se encuentra impedido de pronunciarse sobre asuntos ajenos a la misma. Similar reflexión se aplica para el demandado en cuanto a la formulación de su oposición y las excepciones. Bajo esta premisa, debe existir armonía entre la demanda y el pronunciamiento, ya que el juez “no puede poner como fundamento de la decisión un hecho constitutivo (hecho jurídico) diverso del invocado por el actor como fundamento de la propia demanda”.²² Este axioma, también conocido como *principio de congruencia*, “se relaciona con el contenido de las resoluciones judiciales e implica armonía entre lo pedido por las partes y la sentencia, en los términos dentro de los cuales quedó circunscrito el debate, sin que pueda dejar de resolverse ninguna de las cuestiones que los justiciables proponen, ni concederles más o algo distinto de lo pedido”.²³ Esta característica del principio dispositivo se mantiene incólume hasta nuestros días, al punto de haber alcanzado inclusive un alto desarrollo jurisprudencial, a través de los criterios vertidos por la Corte Suprema de Justicia y la actual Corte Nacional de Justicia, máximos órganos de la justicia ordinaria, quienes han reafirmado la vigencia de este axioma al sostener que:

Referente al cargo del actor contra la sentencia en lo que atañe a la omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis puntualizada como cuarta causal del recurso en el artículo 3 de la Ley de Casación, es necesario señalar que es principio de derecho intangible que la justicia civil es rogada, de cuyo dogma es consecuencia el que los Jueces y Tribunales al resolver, deben atenerse a los puntos que se les ha sometido oportuna y debidamente a la decisión o sea en los términos en los que quedó trabada la litis. Esto es, que solo en la demanda y en la contestación a la demanda, se fijan definitivamente los términos del debate y el alcance de la sentencia. En materia civil, siempre que se trate de conocer si hay identidad entre una sentencia y una demanda, el factor determinante es la

²¹ Giuseppe Chiovenda, “Deberes y poderes del juez”, en *Actos del juez y prueba civil*, ed. Fernando Quiceno Álvarez (Bogotá: Editorial Jurídica Bolivariana, 2001), 78.

²² Salvatore Satta, “Los poderes del juez”, en *Actos del juez y prueba civil*, ed. Fernando Quiceno Álvarez (Bogotá: Editorial Jurídica Bolivariana, 2001), 65.

²³ Lorena Cueva, *El principio de congruencia en el proceso civil* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2013), 16.

pretensión aducida en ésta [sic] y resuelta en aquella, pues que en la demanda se encierra la pretensión del demandante.²⁴

El segundo postulado o nota distintiva del principio dispositivo tiene que ver con la facultad de disposición del proceso. Esta característica busca “que las partes tengan la facultad-posibilidad (derecho) de disponer voluntariamente de la acción en sentido sustancial, ergo de ejercitarla, de proponer o no proponer las respectivas excepciones, de renunciar, transigir, pactar, etc.”.²⁵ Como se puede observar, se nota el claro influjo del pensamiento liberal y el carácter privado atribuido a la contienda civil, entendido como:

una expresión sintética de la regla según la cual se reserva a la voluntad de los privados la disposición negocial de sus situaciones jurídicas subjetivas [...]. Esta fórmula [...] se proyecta al campo jurisdiccional, donde el ciudadano puede disponer jurisdiccionalmente de sus derechos, recurriendo o renunciando a la tutela judicial, y decidiendo ponerle término en cualquier instante.²⁶

En este mismo contexto, se ha dicho de manera categórica que “Si las partes son las únicas que pueden incoar la actividad jurisdiccional, pueden también ponerle fin, disponiendo del interés o intereses cuya satisfacción se solicitaba”.²⁷ Este axioma generalmente se expresa a través de las prerrogativas de que gozan las partes para decidir el destino del proceso, sin que medie intervención alguna del juzgador. Usualmente se materializan en las formas de terminación extraordinaria del proceso, como la transacción, el desistimiento, el allanamiento, entre otras herramientas procesales de que se sirven los litigantes para terminar la controversia, reduciéndose la labor del juzgador únicamente a analizar su legalidad y procedencia.

El siguiente postulado se refiere al impulso del proceso. Bajo este paradigma, el juez únicamente puede actuar por pedido de las partes, estando vedado de su prosecución oficiosa. Esta posición ha sufrido variables con el transcurso del tiempo, debido principalmente al replanteamiento del rol del juez en el proceso, mediante el cual “se busca un punto de equilibrio entre las facultades de disposición de las partes y los poderes

²⁴ Ecuador, Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Juicio n.º: 180-93*, 31 de octubre de 1995.

²⁵ Enrico Redenti “Las funciones del juez y de las partes”, en *Actos del juez y prueba civil*, ed. Fernando Quiceno Álvarez (Bogotá: Editorial Jurídica Bolivariana, 2001), 49.

²⁶ Iván Hunter Ampuero, “El Principio Dispositivo y Los Poderes Del Juez”, *Revista de Derecho (Valparaíso)*, n.º 35 (diciembre de 2010): 154, doi:10.4067/S0718-68512010000200005.

²⁷ Montero Aroca, *Derecho jurisdiccional*. 1, 336.

que el juez ejerce para conducir el proceso; entendido éste [sic], como una relación jurídica de derecho público”.²⁸

Tal ha sido el cambio que ha sufrido este postulado, que actualmente es abiertamente reconocida la facultad de impulso que tiene el juzgador, al punto tal de haber sido reconocido como principio de rango legal.²⁹ Este cambio de orientación se cimienta en la deconstrucción del proceso civil como asunto de interés privado, tomando en cuenta que “El interés de las partes no es sino un medio, un estímulo para que el Estado, representado por el juez intervenga y conceda razón a quien efectivamente la tenga, concomitantemente satisfaciendo el interés público en la actuación de la ley para la justa composición de los conflictos”.³⁰ Bajo esta óptica, “El principio de impulso de oficio parte de la idea de que el Estado está interesado en la rápida resolución de la litis, una vez que éstas [sic] han sido planteadas, y por ello sus órganos deben tomar la iniciativa de su rápida expedición”.³¹ En definitiva, este aspecto particular del principio dispositivo, ha venido morigerándose en vista del dinamismo del derecho procesal concebido como asunto de orden público y la subsecuente ampliación de las facultades del juzgador.

El siguiente postulado es el que corresponde a la presentación del estado de las cosas por las partes. Según esta proposición, a los litigantes les corresponde determinar los hechos en disputa, sin que el juzgador pueda introducir hechos ajenos o de su conocimiento privado. Esta restricción se encuentra estrechamente vinculada al principio de congruencia, y suele expresarse a través del establecimiento del *thema decidendum*, según el cual “Es el actor, al formular su pretensión quien determina los hechos que igualmente van a servir de marco a la sentencia: que los serán objeto de juzgamiento, y el juez no puede modificarlos en razón de su conocimiento privado. Tampoco puede

²⁸ Adrián Simons Pino, “Poderes jurisdiccionales: el dilema entre el juez activo y el juez autoritario”, en *XXVI Congreso colombiano de derecho procesal*, ed. Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Instituto Colombiano de Derecho Procesal y Universidad Libre de Colombia (Bogotá: Universidad Libre: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2005), 830.

²⁹ Art. 20 del Código Orgánico de la Función Judicial: “La administración de justicia será rápida y oportuna, tanto en la tramitación y resolución de la causa, como en la ejecución de lo decidido. Por lo tanto, en todas las materias, una vez iniciado un proceso, las juezas y jueces están obligados a proseguir el trámite dentro de los términos legales, sin esperar petición de parte, salvo los casos en que la ley disponga lo contrario. El retardo injustificado en la administración de justicia, imputable a las juezas, jueces y demás servidoras y servidores de la Función Judicial y auxiliares de la justicia, será sancionado de conformidad con la ley”.*

* Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, Registro Oficial 554, Suplemento, 09 de marzo de 2009.

³⁰ Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, “Poderes del Juez y Visión Cooperativa del Proceso”, *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir. / UFRGS* 1, n.º 2 (30 de agosto de 2014): 150, doi:10.22456/2317-8558.49875.

³¹ Chiovenda, “Deberes y poderes del juez”, 88.

suplir los hechos no invocados”.³² En igual sentido, se ha sostenido que el juez no puede adoptar una decisión que obvie, altere, modifique o aumente los hechos propuestos por las partes, ya que de proceder en este sentido los litigantes “no tendrán posibilidad de defenderse frente al nuevo *thema decidendum* que presente o plantee el juzgador al resolver, pudiendo dejar fuera del debate hechos tempestivamente planteados en el proceso”.³³

Se torna imprescindible precisar que, si bien esta restricción se refiere a los hechos proporcionados por los contendientes, no se presenta el mismo fenómeno en cuanto a la aplicación del Derecho. Efectivamente, en lo atinente a la determinación y declaración de las normas aplicables al caso, el juez goza de libertad para suplir las omisiones o yerros sobre puntos de derecho en que hayan incurrido las partes. Esta prerrogativa judicial también conocida bajo el aforisma *iura novit curia*, significa que “si el demandante argumenta con normas de ley inexistentes o mal acordadas, el juez aplicará, sin embargo, las normas del caso, siempre que el objeto de la demanda no experimente modificación por ello”.³⁴

De esta forma, el principio dispositivo tiene un límite en cuanto a la aportación del derecho aplicable al caso. Si bien los litigantes tienen el imperio en cuanto a la delimitación de los hechos que serán objeto de la controversia, no gozan del mismo monopolio en cuanto a los insumos jurídicos que aportan; el juzgador goza de autonomía y libertad en cuanto a la aplicación de los elementos de derecho que estime pertinentes para la decisión judicial, siempre que con ello no desnaturalice el objeto del proceso y sujeto a la revisión de tal aplicación a través de los recursos previstos para el efecto.³⁵

³² Quintero y Prieto, *Teoría general del proceso*, 120.

³³ Cueva, *El principio de congruencia en el proceso civil*, 25.

³⁴ Chiovenda, “Deberes y poderes del juez”, 79.

³⁵ Al respecto se ha dicho: “En cambio, los elementos de derecho que las partes suministran al juez, al citar en la demanda las normas en que cree el demandante apoyar sus pretensiones y en los escritos de excepciones el demandado, o en ambos alegatos, no tienen ninguna aplicación para la materia de la congruencia, en razón de que el juzgador mantiene una absoluta libertad en la aplicación del derecho y las normas que lo contienen [...] lo mismo que en la valoración de los hechos alegados y probados por las partes: *iura novit curia*. Esta diferencia entre hechos y normas de derecho se explica también porque en aquéllos se contiene la causa petendi o título jurídico invocado como la fuente de donde se quiere deducir el derecho pretendido que, por tanto, delimita uno de los aspectos o elementos esenciales de la pretensión (véase núm. 115). No es lo mismo pretender algo por una causa determinada, que por otra; se puede tener el derecho en razón de aquélla y no de ésta; por ejemplo: reclamar la propiedad de un inmueble por haberlo comprado, es diferente a reclamarla por haberlo ganado por prescripción, y la causa juzgada sobre lo primero no impide sentencia de mérito y favorable sobre lo segundo. Por ello el juez debe limitarse al examen de la causa invocada en los hechos, única que el demandado ha controvertido y que es materia de resolución”.*

* Devis Echandía, *Teoría general del proceso*, 439–40.

Finalmente, el último de los aspectos tradicionales y distintivos del principio dispositivo se vincula con el postulado de investigación, el cual significa que la prueba de los hechos corresponde a las partes. El juzgador nuevamente se encuentra impedido de pronunciarse más allá de lo que se haya probado, debiendo además admitir como cierto lo que las partes hayan aceptado. Bajo esta óptica, las pruebas deben ser aportadas por los litigantes, recayendo sobre ellos una doble carga: “1.ª) De las partes debe partir la iniciativa para que en el proceso llegue a practicarse prueba, no debiendo el tribunal decretar de oficio la necesidad de prueba [...]. 2.ª) Los únicos medios de prueba que deben practicarse son los propuestos por las partes, sin que se atribuyan poderes probatorios al tribunal”.³⁶

Nuevamente se puede observar un señorío del pensamiento privativista, el cual puede llevar a extremos de convertir al litigio en una suerte de competencia de recursos probatorios que finalmente decidirán la suerte de los litigantes, pues como bien se ha mencionado:

Podrá sin duda ocurrir de este modo que la parte negligente, poco avezada, mal aconsejada, sucumba, mientras hubiera podido y debido salir victoriosa. Esto no hiere ningún interés público, pues según esta concepción metódica, heriría las exigencias de justicia el no aprontar a la parte que tiene razón los medios procesales con que obtener que el juez le dé la razón.³⁷

Este postulado se ha enervado con el trascurso del tiempo, dotando al juzgador de cierta iniciativa probatoria, bastante reducida para salvaguardar su imparcialidad ya que una amplitud en la iniciativa probatoria “determinaría también molestas invasiones en la esfera de las libertades individuales, que son asimismo un bien caro a la mayoría. Y, de todos modos, el asumir ese oficio en forma inadecuada e intermitente, comprometería por otro conducto (y acaso más grave) las exigencias de igualdad, de imparcialidad y justicia”.³⁸

El motivo de esta amplitud de facultades en la esfera probatoria nuevamente se justifica en el cambio del rol del juez en el proceso, exigiéndole una participación más activa. En este contexto se ha señalado que:

Esto no quita que el juez pueda, en su actividad de dirección del proceso, manifestar la exigencia de que la prueba se produzca por medios determinados, esto es, dispuestos, como suele decirse, de oficio: pero esta exigencia no está en oposición con el principio

³⁶ Montero Aroca, *Derecho jurisdiccional*. 1, 343.

³⁷ Redenti, “Las funciones del juez y de las partes”, 49.

³⁸ *Ibíd.* 49.

del contradictorio, y por lo demás bien puede decirse que las pruebas dispuestas *ex officio* son propuestas por la parte, a la que corresponde en todo caso la actuación de la providencia del juez.³⁹

La idealización de un juez más participativo en el proceso supone un despojo del pensamiento liberal en el que se formó inicialmente el principio dispositivo. Esta concepción privativista del derecho procesal –caduca y anacrónica– es insostenible en la actualidad ya que “El Derecho Procesal Moderno, sin embargo, viene constantemente evolucionando en el sentido del ablandamiento de la última restricción, de modo a liberar al juez de esas cadenas formalísticas atribuyéndole poderes intensificados para la investigación probatoria”.⁴⁰

Ahora bien, la crítica a esta amplitud es que podría suponer un peligro en cuanto a las libertades de las partes, sin embargo, consideramos que una adecuada articulación de esta iniciativa probatoria en nada afecta a las prerrogativas de que gozan las partes, reiterando que la finalidad del proceso es precisamente la búsqueda de la verdad y la justicia, aspiración a la que no puede estar ajeno el juez quien debe velar por darle la razón a quien verdaderamente la tenga. Esta atribución probatoria del juez tampoco le convierte en un juzgador autoritario ya que “bien delimitada dicha iniciativa se evita esta objeción [...]. Al juez se le puede atribuir iniciativa probatoria siempre que se limite a los hechos discutidos en el proceso [...] a las fuentes probatoria que ya consten en la causa impidiendo así una actuación inquisitoria, susceptible de vulnerar la debida imparcialidad”.⁴¹

En definitiva, si bien el postulado de investigación o inicia probatoria de las partes se mantiene en el diseño actual del proceso, coexiste con la facultad *moderada* del juzgador de actuar pruebas de oficio, pero dentro de los límites impuestos legalmente y siempre que no se vea afectada su imparcialidad.

4. El principio dispositivo en el sistema adversarial

En contraposición a la concepción del juzgador como simple boca de la ley o mero aplicador de derecho que proclama el sistema procesal originario de la Europa

³⁹ Satta, “Los poderes del juez”, 73.

⁴⁰ Oliveira, “Poderes del Juez”, 833.

⁴¹ Joan Picó I Junoy, “El Derecho Procesal entre el Garantismo y la Eficacia: Un Debate Mal Planteado”, *Derecho & Sociedad*, n.º 38 (3 de julio de 2012): 278, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13126>.

Continental, ampliamente arraigado en América Latina, se presenta la función del juez en los sistemas procesales angloamericanos, también conocida como *common law*, propio de los ordenamientos inglés y norteamericano. Bajo este modelo, se reconoce en el juez un poder creador de derecho, goza de un considerable prestigio social y participa activamente en la dirección del proceso. Las características más exultantes de este sistema son las siguientes:

a) una peculiar organización judicial; b) la trascendente función que cumple la judicatura en el destino de la sociedad; c) el método para la elaboración de las leyes (específicamente su basamento en las decisiones judiciales), d) su concepción de la independencia judicial y e) el efecto vinculante (fuerza obligatoria, suele denominársele también) de los fallos, los que pasan a tener la calidad de antecedentes apodícticos.⁴²

Es precisamente bajo este sistema que se origina el proceso oral adversarial. El término *adversarial* “proviene de la aceptación de que un proceso se construye en torno a ‘adversarios’, es un proceso antagónico entre partes iguales que presentan la disputa ante un juez natural”.⁴³ Este sistema alcanza su apogeo en las legislaciones anglosajonas, debido principalmente a la concepción del principio de contradicción como fundamento principal en su articulación, pues como bien se ha dicho:

El proceso civil y penal angloamericano se los define como procesos orales adversariales ya que en su génesis presentan a dos partes con igualdad de armas, frente a un Juez que no hace nada más que definir la contienda en base a la información que la contradicción, en igualdad de condiciones genere, sin aplicación de prueba de oficio o intervención directa en diligencias judiciales, salvo excepciones muy especiales.⁴⁴

Sin embargo, con el tiempo este sistema también sufrió modificaciones sustanciales para mejorar su efectiva implementación y vigencia. El primer escollo a sortear se generaba especialmente en la *desigualdad material* de las partes en el litigio, especialmente por la ventaja que toman los litigantes “fuertes por su capacidad de sostener en el tiempo una contienda judicial y propiciar una violación al principio constitucional de igualdad, ya que no se trata solo de tener igualdad formal sino material”.⁴⁵ Frente a esta distorsión, se hizo necesario reformular el rol del juez quien asume la dirección del

⁴² Juan Monroy Gálvez, “La función del juez en la historia”, en *Actos del juez y prueba civil*, ed. Fernando Quiceno Álvarez (Bogotá: Editorial Jurídica Bolivariana, 2001), 22.

⁴³ Diego López Medina, *El proceso penal entre la eficiencia y la justicia* (Colombia: Consejo Superior de la Judicatura, 2006), 78.

⁴⁴ Diego Francisco Yépez Garcés, *Litigación oral civil: la contienda adversarial: trasplante y prueba testimonial* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016), 18.

⁴⁵ Michele Taruffo, *El proceso civil adversarial en la experiencia americana: el modelo americano del proceso de connotación dispositiva* (Bogotá: Editorial Temis, 2008), 69.

proceso a través de la figura del *Case Management*, como una modalidad en virtud de la cual el juzgador dirige los tiempos y el asunto del proceso, vinculado directamente con la eficiencia del sistema de Justicia.

Otros de los aspectos a destacar es que, si bien en un inicio la participación del juez es neutral, con un control disciplinario absoluto y sin contacto con las partes, posteriormente se permitió dicho contacto justificado en el rol más participativo del juzgador, mediante audiencias preliminares en las que se coordinan los actos procesales, conciliación, pruebas, entre otros.

En cuanto a las atribuciones probatorias del juez, debemos recordar que, a diferencia del diseño inquisitivo en el que se le concede iniciativa probatoria, en el sistema oral adversarial existe una pasividad del juez en relación con el resultado de la contienda judicial. Efectivamente, el juez angloamericano, en virtud del principio *Trier of fact*, “no tiene el deber de conocer ni de descubrir la verdad de los hechos controvertidos o la que sería la verdad divina si se hubieran obtenido en juicio todos los datos de hecho disponibles, sino que tan solo tiene la tarea de resolver la litis con apoyo de lo que resultó en el Juicio y lo que reconoce como verdad procesal”.⁴⁶

En definitiva, la neutralidad del juez dentro de este sistema se sustenta en el imperativo de conocer objetivamente la verdad y decidir con base en la información obtenida del debate en audiencia de juicio. Sin embargo, la implementación del principio dispositivo en el sistema adversarial puede degenerar en un amplísimo poder para las partes en perjuicio de la justicia y la eficacia del sistema, debiendo atenuárselo a través de la figura de la dirección judicial del proceso (*case management*) conforme se ha expuesto anteriormente. Para sintetizar, “el sistema oral adversarial sustenta su funcionamiento en esta libertad de las partes con igualdad de armas a debatir en juicio ante un Juez neutral, que busca la verdad procesal de los hechos que provoquen esa contradicción dialéctica”.⁴⁷

No obstante, es menester señalar que este sistema también tiene deficiencias en su funcionamiento, que se presentan a través de los siguientes fenómenos: a) La excesiva neutralidad del juzgador en cuanto al desarrollo y resultado del proceso; b) Lo único que importa es la ganancia, degenerando el propósito del proceso pues no se trata de la

⁴⁶ Yépez Garcés, *Litigación oral civil*, 25.

⁴⁷ *Ibíd.*, 26.

búsqueda de la verdad sino de obtener la victoria a toda costa; y, c) El sensacionalismo del contra examen, reducido a un control de credibilidad del testigo.⁴⁸

En suma, la interacción del principio dispositivo dentro del sistema oral adversarial debe articularse cuidando de que no caer en estos excesos, circunstancia que, en la realidad actual nacional, se podrá observar con el devenir del tiempo, tomando como punto de partida la promulgación⁴⁹ y vigencia plena⁵⁰ del Código Orgánico General de Procesos, cuerpo normativo que introdujo el paradigma del sistema oral adversarial en la sustanciación de procesos en materias no penales.

5. El principio dispositivo en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

5.1. Alcance

Como se ha mencionado a lo largo de este capítulo, la influencia del sistema procesal continental europeo, con una clara visión liberal y privativista en el ámbito de la justicia civil, se expandió y tuvo acogida a lo largo de América Latina. Bajo esta visión, el principio dispositivo tuvo un papel preponderante en los Códigos procesales de las nóveles naciones latinoamericanas, sin que nuestro país haya sido la excepción.

La adopción *stricto sensu* de un cuerpo procesal civil en nuestra época republicana, se remonta al Código de Enjuiciamiento en Materia Civil,⁵¹ texto normativo con claro dominio del principio dispositivo; así, en el Art. 96 se determina de manera categórica que “todo juicio principia por demanda”, develando claramente la imposibilidad de que el juzgador en esta materia pueda iniciar el enjuiciamiento de oficio. Asimismo, el Art. 317 preceptúa que la sentencia “deberá resolver únicamente los puntos sobre que se trabó la litis”, en clara alusión al principio de congruencia que implica la

⁴⁸ *Ibíd.*, 28–35.

⁴⁹ Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, Registro Oficial 506, Suplemento, 22 de mayo de 2015.

⁵⁰ La implementación total del Código Orgánico General de Procesos se materializó un año después de su promulgación, según lo determinado en la Disposición Final Segunda, que preceptúa: “El Código Orgánico General de Procesos entrará en vigencia luego de transcurridos doce meses, contados a partir de su publicación en el Registro Oficial, con excepción de las normas que reforman el Código Orgánico de la Función Judicial, la Ley Notarial y la Ley de Arbitraje y Mediación y aquellas que regulan períodos de abandono, copias certificadas, registro de contratos de inquilinato y citación, que entrarán en vigencia a partir de la fecha de publicación de esta Ley. Las disposiciones que regulan el remate entrarán en vigencia en ciento ochenta días contados a partir de la publicación de la presente Ley”.*

* Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, Disposición Final Segunda.

⁵¹ Ecuador, *Código de Enjuiciamiento en Materia Civil*, Registro Auténtico 1907, 19 de octubre de 1907.

imposibilidad de resolver fuera del escenario establecido por las partes como objeto de la litis. En similar sentido, el Art. 316 determina que al juez le corresponde resolver “de acuerdo con los méritos del proceso y fundándose en las disposiciones de las leyes”, en abierta relación con la imposibilidad de fundar su decisión en hechos o pruebas que no hayan sido presentadas por las partes. Finalmente, también tenemos disposiciones relativas al desistimiento (Art. 442) y abandono (Art. 449), vinculadas a la capacidad de disposición de las partes en el proceso.

El Código de Enjuiciamiento en Materia Civil, con algunas reformas, se mantuvo vigente hasta la promulgación del primer Código de Procedimiento Civil⁵² que siguió en la misma línea, evidenciando un abierto predominio del principio dispositivo, con disposiciones inherentes al origen del proceso mediante demanda (Art. 71); relacionadas con la congruencia de la decisión en función de los hechos presentados por las partes (Art. 293); otras relativas a las facultades de desistir (Art.402), entre otras disposiciones que evidencian su marcado carácter dispositivo.

5.2. Limitaciones

A pesar de lo mencionado, podemos encontrar en este cuerpo normativo disposiciones que constituyen verdaderas excepciones a esta regla. Efectivamente, en cuanto a la prueba es donde el principio dispositivo ha sufrido modificaciones más profundas. La disposición contenida en el Art. 687 es la que más lejos ha llegado, concediéndole iniciativa probatoria *ex officio* al juez. El texto de esta disposición legal señalaba: “El juez partidor, para las cuestiones que se le presente de resolución previa, concederá a las partes el término de cinco hasta quince días probatorios, durante el cual se ordenará de oficio la práctica de todas las diligencias que crea conveniente y las que pidan las partes”. Como se puede observar, en los juicios partitorios, la iniciativa probatoria corría de cuenta del juez, evidenciándose que en esta clase de proceso interviene activamente el principio inquisitivo en cuanto no corresponde a las partes, sino al órgano jurisdiccional, aportar el material probatorio para la sentencia.

En el caso puntual de la disposición legal antes mencionada, se ha querido justificar tal irrupción con base en el siguiente argumento:

⁵² Ecuador, *Código de Procedimiento Civil*, Registro Oficial 133, Suplemento, 07 de febrero de 1953.

Si el proceso de partición, en la parte en que se ventilan cuestiones de previa resolución, es un proceso en que el juez ejerce jurisdicción contenciosa, porque además al partidor se le consideró ya propiamente un juez, la única razón para haber concebido esta reforma, que venía a quebrantar reconocidos principios procesales fue a no dudarle, corregir la tardanza que sufrían tales procesos, que estaban sujetos a moverse entre el juez ordinario y el partidor, que tenía limitadísimas atribuciones en ese entonces. Se creyó, pues, que otorgar al partidor las funciones de verdadero juez, era lo más acertado para abreviar las particiones, y por eso inclusive se llegó a dársele poderes casi discrecionales.⁵³

Este razonamiento ejemplifica los problemas que suponía el dotar de una amplísima iniciativa probatoria a las partes, en vista de la tardanza que suponía dejar en manos de los litigantes la aportación de medios probatorios y en general del impulso procesal. Es por ello que, en pocas y determinadas circunstancias, el legislador optó por conceder iniciativa probatoria al juzgador, a riesgo de contrariar el sistema dispositivo en el que se desenvolvía el procedimiento civil en términos generales.

Existieron otras normas que concedían cierta iniciativa probatoria al juez, pero la disposición legal contenida en el Art. 120 es la que exige mayor detenimiento. El articulado en mención señalaba:

Los jueces pueden ordenar de oficio las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad, cualquier estado de la causa, antes de la sentencia. Exceptúase la prueba de testigos, que no puede ordenarse de oficio; pero sí podrá el juez repreguntar o pedir explicaciones a los testigos que ya hubiesen declarado legalmente. Esta facultad se ejercerá en todas las instancias antes de sentencia o auto definitivo, sea cual fuere la naturaleza de la causa.⁵⁴

En primer lugar, no debe entenderse que por efecto de esta disposición legal se convertía en inquisitivo al proceso civil ecuatoriano. Esta facultad judicial “permite al órgano jurisdiccional ordenar pruebas, que hemos de entender vienen a completar, a explicar la prueba rendida, que estaba reclamando esa ilustración para el esclarecimiento de la verdad. [...] De la verdad formal propia de la subjetividad del proceso civil; de ningún modo de la verdad material perteneciente al proceso inquisitivo”.⁵⁵

Efectivamente, el órgano jurisdiccional, que ordena pruebas en virtud de esta facultad legal, no puede hacerlo sino para la búsqueda de la verdad de los hechos que le fueron propuestos por las partes como objeto del litigio. De ahí inclusive que el juzgador, en aplicación de esta prerrogativa legal, se encuentre impedido de repreguntar o pedir explicaciones a los testigos sobre hechos ajenos a la litis, so pena de que las mismas sean calificadas de impertinentes.

⁵³ Troya Cevallos, *Elementos de derecho procesal civil*, 159–60.

⁵⁴ Ecuador, *Código de Procedimiento Civil*, 1953.

⁵⁵ Troya Cevallos, *Elementos de derecho procesal civil*, 160.

A raíz de esta norma procesal, los cimientos del principio dispositivo quedan tocados en cuanto a que no todo el material probatorio es aportado por las partes, pero queda inalterable en todo lo demás. El sistema procesal sigue teniendo un claro sesgo dispositivo, con algunas excepciones que no hacen sino reafirmar su contenido predominante.

Los argumentos sostenidos sirven para ilustrar la realidad del sistema procesal imperante en el Código de Procedimiento Civil, cuerpo normativo que con pequeñas reformas que pretendían introducir atisbos de oralidad adversarial en su implementación⁵⁶ se mantuvo vigente hasta la promulgación del Código Orgánico General de Procesos. Este cuerpo procesal, como hemos señalado anteriormente, implementó de manera efectiva el sistema de justicia oral adversarial en materia no penales.

6. Origen del modelo oral ecuatoriano

Como acotación preliminar, es insoslayable precisar que el término *oralidad* suele utilizarse como sinónimo de “sistema oral” o “modelo procesal”, lo que evidencia un error generalizado de dicho concepto, que merece ser precisado.

La oralidad tiene dos acepciones básicas: “la primera identifica a la forma verbal de comunicación de los actos procesales [...]. La segunda denota el conjunto de los elementos más indispensables para la reforma procesal que gira en torno a la implementación del debate verbal en primera instancia, a saber: los principios de inmediación y concentración”.⁵⁷

En cuanto a modo de comunicación de los actos procesales, es incuestionable que no puede considerarse a la oralidad como principio del procedimiento, peor aún como principio del proceso.⁵⁸ Tampoco es correcto establecer la construcción de principios como “consecuencia” de una determinada forma de comunicación procedimental, pues aquello implicaría encasillarlos dentro de una, en desmedro de la otra.

Así, podría plantearse el sofisma de que la inmediación, concentración y publicidad, son patrimonio de la oralidad y que su antítesis, la mediación, dispersión o el

⁵⁶ El Art. 407 introdujo una especie de procedimiento oral adversarial para los juicios ordinarios cuya cuantía no supere los cinco mil dólares de los Estados Unidos de América, que contaba con anuncio de medios de prueba en los actos de proposición y contradicción, así como una audiencia de conciliación y juzgamiento, con práctica de pruebas y decisión oral al finalizar la misma.*

* Ecuador, *Código de Procedimiento Civil*, Registro Oficial 58, Suplemento, 12 de julio de 2005.

⁵⁷ Mejía Salazar, *La oralidad y los principios del procedimiento*, 141–2.

⁵⁸ *Ibíd.*, 98–9.

secreto son notas exclusivas de la escritura. Nada más lejos de la verdad. Estos principios pueden presentarse perfectamente en cualquiera de estas formas de comunicación procedimental.

En definitiva, podemos sostener que no es acertado supeditar la aplicación de principios procesales o procedimentales, según la forma de comunicación que se elija. Por el contrario, estas formas de comunicación pueden presentarse –con mayor o menor intensidad– en procesos en los que primen principios que no se identifican “usualmente” con la forma de comunicación elegida.

Como corolario, es necesario señalar, además, que no existe fundamento alguno para sostener que una forma de comunicación procedimental sea mejor que otra. En el proceso pueden presentarse oralidad y escritura indistintamente, sin que aquello desdibuje o afecte los principios procesales o procedimentales que lo guían. “Ni el [...] escrito puede prescindir de la palabra como medio de expresión, ni la oralidad puede prescindir de la escritura como medio de documentación”.⁵⁹ De ahí que, más allá de la opción procedimental que se escoja, no debe confundirse a la oralidad y la escritura como principios, cuando no ostentan tal calidad.

En cuanto a su segunda acepción, la oralidad tiene que ver con el predominio de esta forma de comunicación en el proceso, expresada fundamentalmente en dos principios: la inmediación y la concentración. En este contexto, se puede denominar “procesal oral” al “debate que se realiza de manera inmediata, concentrada y expresando los actos procesales de manera hablada”.⁶⁰ De esta forma, podríamos decir que el “modelo oral” es aquel diseño procesal que se decanta por la oralidad en su segunda significación.

Superadas estas necesarias precisiones, debemos mencionar que el origen del “modelo oral” ecuatoriano, como explica el profesor Mejía,⁶¹ tiene como antecedente el modelo europeo continental que se sustenta en la obra de Klein. Particularmente, en la Ordenanza de Enjuiciamiento Civil austriaca de 1895, paradigma de la oralidad continental, que morigeró la forma oral pura predominante en el modelo alemán del Código de Hannover de 1850. Este modelo atenuado de oralidad o “modelo austriaco” se difundió en todo el continente europeo, e influyó en la legislación española que recogió

⁵⁹ Alsina, Moreno Sánchez, y Asociación de Investigaciones Jurídicas, *Fundamentos de derecho procesal*, 4:38.

⁶⁰ Mejía Salazar, *La oralidad y los principios del procedimiento*, 142.

⁶¹ *Ibíd.*, 105–7.

mayoritariamente sus características, sin descartar, en absoluto, ciertas formas propias del modelo concentrado alemán.

Es así como este modelo de oralidad atenuada o modelo continental europeo llegó a extenderse allende sus fronteras, participando de su injerencia la legislación ecuatoriana, que adoptó gran parte de sus notas características.

Efectivamente, en el actual Código Orgánico General de Procesos, podemos verificar la presencia de estos modelos. En primer lugar, existen varios actos escriturales, desdeñando cualquier intento de que sea absolutamente oral. En segundo lugar, existen procedimientos con dos audiencias, concretamente el juicio ordinario que “es la forma común de tramitación de la litis”,⁶² inspirado en el modelo atenuado de oralidad, que prevé la realización de dos audiencias, sin prescindir de procedimientos de audiencia única, propios del modelo concentrado, que usualmente tratan temas de menor cuantía o complejidad.

7. El principio dispositivo en el Código Orgánico General de Procesos

La implementación de un nuevo sistema procesal que armonice con la dinámica social actual, se acople al vertiginoso avance de la sociedad ecuatoriana y destierre las taras del sistema escritural regente en nuestro país por más de siglo y medio, fue posible a través de la promulgación del Código Orgánico General de Procesos. El surgimiento de este novel cuerpo normativo responde a:

La necesidad de superar el caduco modelo procesal escriturario que históricamente había regido en el país; la adopción del sistema oral como elemento sustancial de todos los procedimientos no penales; la implementación de un modelo de administración de justicia en audiencias; el fortalecimiento de los principios de inmediación y concentración; así como en el esfuerzo de unificar todas las materias incluyendo las contencioso administrativas y las contencioso tributarias, excepto la constitucional y penal, que ya tienen sus estatuto legal propio adecuado a los mandatos de la Constitución de Montecristi.⁶³

Como se puede observar, una de las innovaciones principales constantes en este cuerpo procesal tiene directa relación con el desplazamiento del sistema escritural para

⁶² Hugo Alsina, *Juicio Ordinario*, vol. 1, Clásicos de procedimientos civiles (México: Jurídica Universitaria, 2002), 2.

⁶³ Carlos Ramírez Romero, “Los principios orientadores del Código Orgánico General de Procesos: Una introducción necesaria”, en *Principales cuestiones acerca del Código Orgánico General de Procesos en preguntas y respuestas*, ed. Carlos Ramírez Romero y Derecho Vigente (Quito: Corte Nacional de Justicia, 2015), 15.

dar paso al sistema de justicia oral o “en audiencias”, proposición que no es un simple ejercicio de retórica, sino que comporta un replanteo del sistema en sí mismo.

Sobradas son las razones para considerar acertada esta decisión legislativa de mudar del sistema predominantemente escritural a un sistema oral de justicia en audiencias. Las bondades de la oralidad en el sistema procesal son evidentes, “En el oral [la oralidad], la concentración e inmediación operan de manera perfecta; el juez adquiere una mayor capacidad para juzgar, en razón del conocimiento y apreciación directa que hace de las personas y hechos sometidos a su examen, y dispone, por último, de una mayor actividad y más amplias facultades”.⁶⁴

En este mismo sentido se ha sostenido que “En el juicio oral, el juez toma contacto directo con las partes y la prueba; se realiza el principio que Framarino llama originalidad y que nosotros conocemos como inmediación, por el cual las pruebas llegan al ánimo del juzgador sin sufrir alteración alguna por influjo extraño a su naturaleza”.⁶⁵ En síntesis, “Se entiende por oralidad del procedimiento el principio de que la resolución judicial puede basarse solo en el material procesal proferido oralmente”.⁶⁶

Es necesario precisar que, a través de la implementación del sistema oral adversarial preconizado en el Código Orgánico General de Procesos, no se ha eliminado el sistema escritural. Con acertada razón se ha sostenido lo siguiente:

Cabe anotar que la oralidad no excluye la escritura, se complementa, tomando las ventajas que cada sistema posee. La oralidad es importante en la práctica de pruebas, alegaciones y fallo; sin embargo, la escritura es útil para preparar la sustanciación del juicio (demanda y contestación), garantiza una justicia intrínsecamente mejor y transparente, las partes intervinientes se convierten en protagonistas directos del proceso con el beneficio de que el Juez puede captar con mayor facilidad a quien le asiste la razón y al final emitir un fallo ajustado a derecho.⁶⁷

⁶⁴ Devis Echandía, *Teoría general del proceso*, 69.

⁶⁵ Fernando de la Rúa, *Teoría general del proceso* (Buenos Aires: Ed. Depalma, 1991), 103.

⁶⁶ James Paul Goldschmidt y AC (México) Asociación de Investigaciones Jurídicas, *Principios generales del proceso*, vol. 1, Clásicos de la teoría general del proceso (México: Jurídica Universitaria, 2001), 115.

⁶⁷ Nelson López Jácome y María Eugenia López Pozo, *Guía del procedimiento oral contencioso administrativo (COGEP)* (Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2016), 22–3.

Se torna indispensable señalar además que a través de la oralidad se cumple a cabalidad con los principios de inmediación⁶⁸ y concentración,⁶⁹ fundamentales para obtener una decisión más justa y transparente, *a contrario sensu* del carácter secreto e impersonal que encerraba el sistema escritural.

Ahora bien, la presencia del principio dispositivo en este nuevo cuerpo procesal es indiscutible. Podemos encontrar disposiciones relativas al inicio del proceso mediante demanda como se aprecia en el Art. 141 que establece: “Inicio del proceso. Todo proceso comienza con la presentación de la demanda a la que podrán precederle las diligencias preparatorias reguladas en este Código”. Como se puede observar, el origen del proceso corresponde de manera exclusiva a las partes sin que el juzgador tenga facultad oficiosa para iniciarlo por su cuenta, expresándose de manera contundente el carácter dispositivo en cuanto al nacimiento de la contienda.

En igual sentido, encontramos normas alusivas al principio de congruencia, en virtud del cual, el juzgador únicamente podrá resolver sobre el objeto controvertido fijado por los litigantes, sin que pueda dejar de pronunciarse sobre alguno de los puntos controvertidos, pues como bien se ha señalado: “Se peca por defecto cuando se deja de resolver sobre alguna o algunas de las pretensiones de la demanda o sobre excepciones, y ello da lugar a la *citra petita*, llamada también *minima petita*”⁷⁰. Tampoco le es permitido conceder más o resolver sobre asuntos ajenos al objeto litigioso, resaltando en esta parte que “Constituye *ultra petita* cuando hay exceso porque se resuelve más de lo pedido. En cambio, cuando se decide sobre puntos que no han sido objeto del litigio, el vicio de actividad será de *extra petita*”.⁷¹

El Art. 92 de manera general regula este principio, debiendo anticipar que, si bien existe la disposición contenida en el Art. 313 que aparentemente también se refiere a este principio, en realidad morigeró el mismo otorgando facultad de control de legalidad sobre

⁶⁸ El principio de inmediación “significa que el juez debe encontrarse en un estado de relación directa con las partes y recibir personalmente las pruebas, prefiriendo entre éstas [sic] las que se encuentren bajo su acción inmediata”.*

* Alsina, Moreno Sánchez y Asociación de Investigaciones Jurídicas, *Fundamentos de derecho procesal*, 176.

⁶⁹ El principio de concentración se expresa de la siguiente forma: “Para que la oralidad sea eficaz y la inmediación rinda sus frutos, el debate debe ser concentrado o continuado, es decir, debe continuar durante todas las audiencias necesarias hasta su terminación, y la sentencia debe ser dictada inmediatamente después de él, para que lo útil de la observación no se pierda”.*

* De la Rúa, *Teoría general del proceso*, 103.

⁷⁰ Jorge Cardoso Icaza, *Manual Práctico de Casación Civil* (Bogotá: Temis, 1984), 84.

⁷¹ Santiago Andrade Ubidia, *La casación civil en el Ecuador: doctrina, análisis de la Ley, su aplicación por las salas de lo civil y mercantil de la Corte Suprema de justicia, posibles reformas* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Andrade & Asociados, Fondo Editorial, 2005), 147.

los actos de la Administración Pública en el procedimiento contencioso tributario y contencioso administrativo, asunto que trataremos de manera más extensa en su debido momento.

En cuanto a la aportación probatoria, es incuestionable la influencia del principio dispositivo tal como se puede apreciar del contenido de los Art. 142, 151, 159, 225, que reservan a las partes la facultad de anunciar los medios de prueba que pretenden practicar en el momento procesal oportuno, dejando en manos de los litigantes la oportunidad de presentar el material probatorio que pretenden hacer valer en la controversia.

No obstante, nuevamente vamos a encontrar la excepción a esta regla en cuanto a la oficiosidad para la práctica de pruebas. Ciertamente, el Art. 168 del Código procesal vigente determina: “Prueba para mejor resolver. La o el juzgador podrá, excepcionalmente, ordenar de oficio y dejando expresa constancia de las razones de su decisión, la práctica de la prueba que juzgue necesaria para el esclarecimiento de los hechos controvertidos. Por este motivo, la audiencia se podrá suspender hasta por el término de quince días”.⁷² Nuevamente se aprecia la posibilidad de conceder iniciativa probatoria al juzgador, pero de manera excepcional y condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos, conforme analizaremos en su momento.

En resumen, es incuestionable la gran influencia del principio dispositivo en la articulación del Código Orgánico General de Procesos, razonamiento que obtiene mayor relevancia si consideramos que su aporte es fundamental para el desarrollo exitoso del sistema adversarial oral, sustentado en el principio de contradicción como piedra angular del mismo.

8. Aplicación del principio dispositivo en el proceso contencioso administrativo

Para adentrarnos en la implementación del principio dispositivo en el proceso contencioso administrativo, es ineluctable remontarnos en su historia y desarrollo. Para develar con propiedad el surgimiento del Derecho Administrativo y consecuentemente de la jurisdicción contencioso-administrativa debemos ubicarnos a finales del siglo XVIII. Con la Revolución francesa y el nacimiento del Estado de Derecho.

Si bien el Derecho Administrativo nace con la revolución y el surgimiento del Consejo de Estado francés, “no debemos olvidar que en realidad la idea de jurisdicción

⁷² Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, art. 168.

administrativa nació durante la monarquía”.⁷³ Prueba de ello es que subsisten hasta la actualidad figuras como la ejecutoriedad del acto administrativo y la existencia de determinados privilegios o canonjías en favor del Estado.

El Consejo de Estado francés fue constituido en sus inicios como un órgano consultivo “que ejercía práctica y exclusivamente funciones consultivas, elaborando dictámenes que luego eran aprobados por el Jefe de Estado, a quien se reservaban las decisiones”.⁷⁴ Posteriormente, a finales del siglo XIX adquiere autonomía como órgano jurisdiccional de última instancia de toda la actividad administrativa.

La característica *sui generis* de su surgimiento se basa en que, en aquella época, se tenía la concepción firme de prohibir que el poder judicial juzgue los actos de la autoridad administrativa, que en definitiva es el fundamento embrionario del complejo sistema contencioso administrativo. Así fue como nació la institución, “Por un lado los ideales revolucionarios de la división de poderes, por otro la intención de someter la actividad administrativa a la ley y a la par, la convicción de que ese cometido se debía alcanzar sustrayendo el conocimiento de dichos conflictos de la decisión de los jueces”.⁷⁵ Sin embargo, esta paradoja permitió dotar de autonomía a la materia administrativa, sustrayendo los conflictos suscitados con la Administración Pública de la justicia ordinaria.

Como habíamos indicado, a finales del siglo XIX al Consejo de Estado se le delega la función jurisdiccional autónoma, dotándole de esta forma de independencia y jerarquía. Posteriormente sobrevino su expansión estructural, a través de la creación de tribunales inferiores, reservando al Consejo de Estado la actuación de última instancia.

Esta concepción del contencioso administrativo fue acogida en gran parte de las recientes naciones de América Latina, quienes adoptaron mayoritariamente este modelo. Nuestro país no fue la excepción. En un principio quedó establecido que en el Ecuador el derecho administrativo “inicialmente personificó en el Poder Ejecutivo el concepto de Administración, para decantarlo hasta que ella tomó personalidad propia y las leyes

⁷³ Juan Carlos Cassagne, *Derecho administrativo* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000), 104–5.

⁷⁴ Julio Rodríguez Signes, “Algunas reflexiones sobre el proceso contencioso administrativo actual como instrumento para controlar judicialmente la actividad del Estado. La materia objeto del proceso y su necesaria revisión”, en *Revista de Derecho Público*, ed. Tomás Hutchinson y Horacio Rosatti (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2013), 300.

⁷⁵ *Ibíd.*, 301.

configuraron la Administración Pública como un sujeto pasivo de la relación procesal, cuya obligación de responder por sus actos y de adecuarse a la legalidad la limitaba”.⁷⁶

La adopción del sistema europeo de justicia administrativa se produjo partiendo de la antigua institución del Consejo de Estado, al Tribunal Contencioso Administrativo, este último pasaría a constituirse como órgano independiente que finalmente se integraría a la Función Judicial a partir de la reforma constitucional de 1992. Posteriormente, con el advenimiento y constitucionalización del principio de *unidad jurisdiccional*,⁷⁷ los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo pasan a convertirse en órganos distritales de primera y única instancia, con salas especializadas en la Corte Suprema de Justicia, para tratar materia casacional.

Sin embargo, se presentan criterios calificados que han objetado la incorporación del Tribunal Contencioso Administrativo como un órgano perteneciente a la Función Judicial. La razón expuesta es la siguiente:

Si se considera que los órganos de la Función Judicial, de la Función Legislativa, de la Función Ejecutiva y todas las demás entidades e instituciones públicas ejercen actividades administrativas de la más diversa índole, resulta de toda evidencia que la jurisdicción contencioso administrativa debe ser independiente de todas ellas, ya que a ella le es competente el conocimiento y resolución de la legalidad de los actos o resoluciones expedidas en ejercicio de la capacidad administrativa.⁷⁸

Al parecer, la crítica expuesta tiene asidero, tanto más si consideramos que existen órganos administrativos de la Función Judicial tales como el Consejo de la Judicatura – titular de la potestad disciplinaria en toda la Función Judicial– que emiten actos, hechos y contratos administrativos, incluso actos normativos, que son impugnables ante la

⁷⁶ Ernesto Velázquez Baquerizo, *La Nueva justicia administrativa: diagnóstico de derecho contencioso administrativo y fiscal en el Ecuador* (Quito: Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, 1995), 13–14.

⁷⁷ A partir de la promulgación de la Constitución Política de la República de 1998*, se estableció como principio de rango constitucional el de *unidad jurisdiccional*, en virtud del cual y salvo las excepciones previstas en la misma Carta Magna, solo les corresponde a los órganos jurisdiccionales que integran la función judicial, el ejercicio de la potestad judicial. Posteriormente el principio tomaría mayor fuerza en la Constitución de la República de 2008,** convirtiéndose en norma de carácter material y de obligatoria regulación por el legislador. Finalmente, el principio alcanzó la categoría de norma legal; así, el Art. 10 del Código Orgánico de la Función Judicial*** señala: “De conformidad con el principio de unidad jurisdiccional, ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución”.

* Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador*, Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998, art. 191.

** Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art 198, núm. 3.

*** Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, art. 10.

⁷⁸ Patricio Secaira Durango, *Curso breve de derecho administrativo* (Quito: Editorial Universitaria, 2004), 239-40

justicia Contencioso Administrativa. De ahí el peligro de que esta dependa, en cuanto a recursos humanos, económicos, logísticos, infraestructura y fundamentalmente en lo disciplinario, de un órgano administrativo que está sujeto a su control jurisdiccional de legalidad.

También existen criterios calificados que respaldan la incorporación de los órganos especializados de justicia contencioso-administrativa como integrantes de la Función Judicial. En este sentido se ha manifestado lo siguiente: “El establecimiento de los tribunales distritales fue un punto positivo de las reformas. Verdaderamente, ellos permiten que todos los administrados puedan tener acceso a la justicia, a más de que permite que el juez tenga mayor cercanía a los problemas y controversias que plantea la actividad administrativa en las diversas regiones del país”.⁷⁹

En todo caso, lo importante de estas posturas es que todas ellas proclaman al Tribunal Contencioso Administrativo como un órgano jurisdiccional que tiene como misión el control de los actos emitidos por las instituciones públicas en ejercicio de la función administrativa, ejerciendo de esta manera *tutela jurisdiccional final*⁸⁰ sobre tales actos.

Un acontecimiento trascendente surgido en este proceso tiene directa relación con la expedición de la normativa para sustanciar y resolver los asuntos contencioso-administrativos; en efecto, con la promulgación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa⁸¹ se estableció un procedimiento propio para el conocimiento y resolución de las controversias surgidas con la Administración Pública.

En este cuerpo normativo, que estuvo vigente por más de 40 años, se puede apreciar la influencia del principio dispositivo en cuanto a la sustanciación de los procesos contencioso-administrativos. Se regula la legitimación de quienes pueden interponer la demanda, estableciéndose que el inicio de la controversia procede únicamente con la

⁷⁹ Juan Carlos Benalcázar Guerrón, *Derecho procesal administrativo ecuatoriano: jurisprudencia, dogmática y doctrina* (Quito: Andrade & Asociados Fondo Editorial, 2007), 177–78.

⁸⁰ “La tutela jurisdiccional garantiza el sometimiento de los actos de la administración a la revisión del órgano judicial competente mediante el recurso contencioso administrativo y, ya en sede judicial, el contencioso administrativo es un auténtico proceso en el que se cumple la potestad de esta jurisdicción cuyo carácter revisor expresa su condición de control *ex post* de la actividad administrativa. La tutela administrativa actúa inicialmente mediante la declaración o la ejecución; la tutela jurisdiccional final revisa la legalidad de lo actuado por la primera, que al gozar de tal privilegio éste [sic] no puede devenir en arbitrario en razón de que tiene como fin el interés público y como límite la razonabilidad”.*

* Elena Durán, *Los recursos contencioso administrativos en el Ecuador* (Quito: Abya-Yala / Corporación Editora Nacional / Universidad Andina Simona Bolívar, 2010), 20.

⁸¹ Ecuador, *Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Registro Oficial 338, 18 de marzo de 1968.

presentación de demanda; se prevén las figuras de desistimiento y allanamiento, concediendo la facultad de disposición de las partes con las limitaciones establecidas para cada caso; se concede iniciativa probatoria a las partes, entre otras formas de expresión con carácter dispositivo.

A pesar de lo anotado, nuevamente se abre la posibilidad de conferir iniciativa probatoria al Tribunal, conforme lo establecía el Art. 40 cuyo texto señalaba: “El Tribunal podrá también disponer, de oficio y antes de sentencia, la práctica de las pruebas que estime pertinentes para la más acertada decisión del asunto controvertido”.⁸² Esta disposición legal, que podría generar debate y controversia en cuanto al carácter cuasi oficioso de la actividad probatoria en el procedimiento contencioso-administrativo, finalmente fue derogada junto con la ley. Por ello, su estudio sirve como antecedente necesario para ilustrar la naturaleza particular y distintiva del proceso contencioso-administrativo, en el que están involucrados elementos inherentes a *control de legalidad* que no se encuentran presentes en la contienda judicial habitual, confiriéndole naturaleza autónoma, al punto tal de haber sido recogida la sustanciación, tanto del procedimiento contencioso tributario como del contencioso-administrativo, en un capítulo específico en el Código Orgánico General de Procesos.

⁸² *Ibíd*, art. 40.

Capítulo segundo

La prueba de oficio

1. Naturaleza jurídica

Como habíamos mencionado en líneas anteriores, una de las consecuencias de la adopción del carácter privativista del proceso fue precisamente la reducción de facultades oficiosas del juzgador, limitándose a observar con pasividad la actividad que despliegan los litigantes. Bajo esta concepción, el juzgador carecía de iniciativas probatorias propias, dejando en manos de los contendientes toda la actividad probatoria, lo que en la práctica significaba que “Si la parte que tenía la razón dejaba de presentar una prueba decisiva, perdía inexorablemente, sin que el juez pudiera ordenarla, ni siquiera conociéndola y a pesar de que se tratara de un documento público o de una simple inspección ocular, y por otro lado se fija de antemano el valor de convicción que debía darle a cada prueba”.⁸³

Esta concepción arcaica fue cediendo terreno con el paso del tiempo, debido principalmente al replanteamiento del proceso cuya finalidad ya no se limita exclusivamente la resolución del conflicto entre particulares, siendo más adecuado sostener que propende a que “el orden público se realice a cabalidad en los casos concretos, de acuerdo con la ley, la moral, los principios generales del derecho, la equidad y la realidad de los hechos”.⁸⁴

De ahí el incremento de las facultades oficiosas del juez, incluida por supuesto, la probatoria. Sin embargo, esta amplitud ha generado intensas discusiones en el ámbito jurídico y académico. Un sector escéptico alerta sobre los peligros de su aplicación y señala que la prueba de oficio afecta con especial énfasis el derecho a la defensa de las partes “ya que no solo con éstas [sic] se puede decretar prueba por decisión del Juez, sino que éste [sic] lo puede hacer a lo largo de todo el proceso, siendo evidente que puede transformarse en un actor contraparte de una de las partes y peor aún, de las dos partes”.⁸⁵

⁸³ Hernando Devis Echandía, “La iniciativa probatoria del juez”, en *Actos del juez y prueba civil*, ed. Fernando Quiceno Álvarez (Bogotá: Editorial Jurídica Bolivariana, 2001), 215.

⁸⁴ *Ibíd.*, 216

⁸⁵ Hugo Botto Oakley, “Límites o alcances del debido proceso conforme a constitución, desde la óptica de la iniciativa probatoria”, en *Estudios de derecho procesal civil: bases para un nuevo Código Procesal Civil*, ed. Paulo De la Fuente Paredes y Jornadas de Derecho Procesal Civil (Santiago de Chile: Librotecnia, 2010), 109–10.

En contraposición al criterio sostenido en el párrafo anterior, se ha sostenido que “el Estado debe dotar al juez de poderes para investigar la verdad de los hechos que las partes afirman en oposición, y nadie puede alegar un derecho a ocultar la verdad o a engañar al juez con pruebas aparentes u omisiones de otras”.⁸⁶

En definitiva, se trata de un tema cuya discusión sigue vigente y que parece estar lejos de lograr una posición homogénea. A pesar de ello, actualmente es innegable la apertura de facultades oficiosas en cuanto a la iniciativa probatoria del juzgador, vista su posición de director del proceso, desterrando la visión del juez como un agente inmóvil, estático, inmutable, una “esfinge de piedra”,⁸⁷ para adoptar una posición más activa y participativa, evitando las distorsiones que puedan provocar las partes, aún en cuanto a la aportación probatoria, ya que:

Para que triunfe la verdad, para que se obtenga el fin de interés público del proceso y no sea éste [sic] una aventura incierta cuyo resultado dependa de la habilidad de los abogados litigantes, es indispensable que, además de la libre apreciación de las pruebas, el juez civil disponga de facultades inquisitivas para practicar las que conforme a su leal saber y entender, considere convenientes al esclarecimiento de los hechos que las partes afirman.⁸⁸

Ahora bien, es ineluctable anticipar que esta facultad o iniciativa probatoria del juez no constituye *patente de corso* para que la ejerza de manera generalizada e incluso abusiva. Con evidente claridad se ha señalado que:

la cuestión se resuelve determinando el grado de relación en que se encuentran esas facultades del juez con respecto a la litis y al proceso. Si inciden o influyen sobre el *fondo del asunto*, indudablemente que afectan el derecho de los litigantes, porque el conflicto de intereses atañe a ellos solamente; si, por el contrario, no se dirigen al material del juicio sino que se refieren al procedimiento, no salen de la órbita en que deben ejercer su función, porque como órgano de la jurisdicción debe tener el lugar prominente en la conducción y vigilancia del proceso.⁸⁹

En suma, la potestad del juez en cuanto a la ordenación de pruebas de oficio constituye una atribución de carácter excepcional y limitada, necesaria –bajo ciertas circunstancias– para efectivizar la igualdad de los contendientes y que triunfe la verdad y la justicia, sin desmerecer o sustituir las prerrogativas de que gozan las partes en el proceso. Esto se debe a que, como ha quedado establecido, no se trata de convertir al juez

⁸⁶ Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial* (Bogotá: Temis, 2002), 81.

⁸⁷ Redenti, “Las funciones del juez y de las partes”, 48.

⁸⁸ Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, 112.

⁸⁹ Hernando Devis Echandía y Adolfo Alvarado Velloso, *Compendio de la prueba judicial* (Santa Fe: Rubinzal y Culzoni, 1984), 73.

en alguna de las partes o en corrector de sus deficiencias, peor aún, permitirle que abuse de esta atribución para introducir material probatorio ajeno al objeto de la litis, ya que, de obrar así, efectivamente estaría atentando contra el derecho a la defensa de los litigantes y vulnerando el principio de imparcialidad, aspectos que no se compadecen con el buen obrar del juez.

2. La prueba para mejor resolver

En armonía con lo señalado anteriormente, es importante identificar aquellas facultades de que goza el juzgador en su rol de director del proceso, particularmente aquella vinculada a la actividad probatoria. En este sentido, debemos señalar que la actividad probatoria “consiste en el conjunto de declaraciones legalmente reguladas, tanto de voluntad como de ciencia o intelectuales, por las que se introducen y valoran, en el proceso, elementos capaces de producir algún conocimiento acerca del tema propuesto como prueba”.⁹⁰

Si se considera que bajo el influjo del principio dispositivo corresponde a las partes la aportación probatoria, la labor del juzgador en este aspecto sería nula. Sin embargo, la afirmación de que la aportación probatoria, en los sistemas con predominio del principio dispositivo es exclusiva de los litigantes, es una falacia.

Con acierto se ha sostenido que “El principio dispositivo tiene un contenido concreto que poco tiene que ver con el desarrollo del proceso como herramienta de tutela de los derechos, lugar al que debe adscribirse la actividad probatoria”.⁹¹ Con esto queremos decir que las normas procesales no son idénticas y, por lo tanto, no todas van dirigidas a la activación del carácter privado y disponible del derecho material o sustantivo. Existe un conjunto de normas procesales que se relaciona con el desarrollo técnico procesal de la jurisdicción como herramienta de tutela y que en conjunto forman el denominado *principio de aportación de parte*.

Respecto de este principio, la doctrina ha reconocido dos elementos: “en primer término, que la alegación de los datos o elementos fácticos corresponde a los titulares de los derechos e intereses. En segundo término, que la prueba de esos hechos corresponde

⁹⁰ Botto Oakley, “Límites o alcances”, 163–64.

⁹¹ Hunter Ampuero, “El Principio Dispositivo”, 160.

a las partes quienes están encargadas de recopilar y suministrar al juez todo el material de conocimiento necesario para dictar la sentencia”.⁹²

Cuando un ordenamiento jurídico procesal faculta la actividad probatoria del juzgador, atenúa el segundo elemento del principio de aportación, en cuanto permite la iniciativa oficiosa del juzgador para la obtención del material de conocimiento necesario para la decisión. Esto de modo alguno afecta al principio dispositivo pues funciona “como un correctivo al principio de aportación de parte y ayuda a lograr mejores resultados probatorios, evitando la aplicación final de las reglas de la carga de la prueba”.⁹³ De ahí que la labor del juez esté encaminada a obtener para beneficio del proceso los insumos probatorios que han sido anunciados por las partes, con la finalidad de aproximar el resultado probatorio a la verdad, presupuesto necesario para una decisión justa.

De los argumentos expuestos, es incuestionable el aumento de las facultades probatorias del juzgador como elemento consustancial del sistema procesal oral adversarial, pero sin desmerecer el influjo y predominio del principio dispositivo. En este sentido, se ha señalado que el juez debe fallar *secundum allagata* pero no *secundum probata*, ergo, decide de acuerdo con el *thema decidendum* fijado por los contendientes pero no ligado necesariamente al material probatorio aportado por ellos, “en el sentido de que se sacrifique la justicia a causa de una afirmación no probada suficientemente, pero que merezca tutela jurídica en razón de la materia de que se trate la controversia”.⁹⁴

De ahí la importancia de las denominadas *diligencias para mejor proveer* en el proceso oral adversarial, vista la posición del juez como director el proceso; no obstante, el problema que se ha venido suscitando es que, a pesar de estar prevista esta facultad, incluso en cuerpo procesales de raigambre escrita, los jueces las ordenan escasamente o simplemente no las ordenan, ya que tradicionalmente “Las diligencias para mejor proveer, de uso excepcional, son miradas con desconfianza por las partes y los propios juzgadores dentro del régimen procesal en el cual las pruebas son iniciativa de actor y demandado”.⁹⁵ En sentido similar, se ha dicho que “Las medidas para mejor proveer las concede la ley a regañadientes, podríamos decir que sin deseo alguno de que se haga uso de ellas”.⁹⁶

⁹² *Ibíd.*, 161.

⁹³ *Ibíd.*

⁹⁴ Vanesa Aguirre Guzmán, “La iniciativa probatoria del juez en el proceso civil” (Monografía, Universidad Andina Simón Bolívar, 2005), 14.

⁹⁵ Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, *El Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica, Historia, Antecedentes, exposición de motivos* (Montevideo: Editorial MBA, 1988), 27-8.

⁹⁶ Santiago Sentis Melendo, “Facultades del juez”, en *Actos del juez y prueba civil*, ed. Fernando Quiceno Álvarez (Bogotá: Editorial Jurídica Bolivariana, 2001), 98.

Con apropiado discernimiento se ha sostenido que limitar la labor del juzgador a valorar las pruebas presentadas por las partes, sin que se le permita obrar oficiosamente en su obtención, reduciría su ejercicio a basar su decisión en el material probatorio que las partes hayan podido o querido aportar y, lo que es peor, pronunciarse sin haber llegado a la convicción. De ahí que el juez “debe entonces tener facultades para investigar por sí mismo, no en un sentido inquisitorial, sino en la medida necesaria para completar su información o aclarar alguna situación dudosa”.⁹⁷

En virtud de lo mencionado, el juzgador puede obrar oficiosamente en la aportación probatoria a través de las diligencias para mejor proveer, las cuales previamente deben responder a determinadas circunstancias, a fin de evitar su distorsión o, peor aún, su abuso.

Como complemento a lo dicho, es preciso señalar que “las reglas de actuación de cada parte, las reglas de contradicción y las reglas de pertinencia sobre facultades oficiosas del juez deben estar clara y previamente establecidas para dar orden y coherencia al resultado objetivo esperado, el cual será la decisión judicial justa”.⁹⁸

Estas facultades oficiosas se presentan de manera excepcional en los sistemas predominantemente dispositivos, como un rezago del sistema inquisitivo. Sin embargo, han tenido buena recepción en el sistema adversarial oral debido principalmente al papel excesivamente neutral y pasivo del juez quien deja en segundo plano la búsqueda de la verdad y se centra en la proclamación de un ganador de la contienda, que además constituye una de las críticas más fuertes a dicho sistema.⁹⁹

En cuanto a la aplicación de la prueba para mejor proveer, la doctrina¹⁰⁰ ha establecido parámetros necesarios para su adopción, que van a ser desarrollados a continuación.

3. Parámetros para la adopción de pruebas para mejor resolver

El primero se refiere a que en el litigio se haya ofrecido y producido prueba. Efectivamente, si existe carencia de material probatorio aportado por los litigantes, la

⁹⁷ Alsina, Moreno Sánchez y Asociación de Investigaciones Jurídicas, *Fundamentos de derecho procesal*, 411.

⁹⁸ Diana María Ramírez Carvajal, “Facultades probatorias del juez en el estado social de derecho”, en *Confirmación procesal*, ed. Adolfo Alvarado Velloso, Oscar A. Zorzoli y Gustavo Calvino, Derecho Procesal Contemporáneo (Buenos Aires: Ediar, 2007), 241.

⁹⁹ Yépez Garcés, *Litigación oral civil*, 25–30.

¹⁰⁰ Devis Echandía y Alvarado Velloso, *Compendio de la prueba judicial*, 76–78.

contienda se resuelve aplicando las reglas del *onus probandi* o de la carga de la prueba, las que “no tratan, de modo directo, de determinar a priori qué hechos deben ser probados por cada parte (objeto de prueba), sino que pretenden decir al juez qué debe hacer cuando una afirmación de hecho no ha sido probada, esto es, fijan las consecuencias de la falta de prueba de los hechos”.¹⁰¹ De lo dicho y según las reglas sobre carga de la prueba determinadas en la legislación procesal, el juez deberá decidir el caso, sin que le sea permitido suplir la inactividad probatoria de las partes o subsanar su negligencia.

El segundo parámetro se vincula al escenario en que, a pesar de las pruebas rendidas, el juez carezca de convicción firme sobre la decisión del litigio. En este supuesto, no existe carencia de material probatorio, sino, todo lo contrario, la abundancia de elementos probatorios que se contradicen entre sí deja al juzgador sumido en la perplejidad. De ahí que “el deber del juez de estar en claro lo lleva a inquirir, a buscar fuentes de prueba, a producir medidas imprescindibles para aproximarse y capturar la verdad”.¹⁰² Dentro de este escenario, la adopción de diligencias para mejor proveer tendrá como única finalidad, despejar esa duda que invade al juzgador.

El tercer parámetro señala que estas medidas deben ser ordenadas por el juez cuando la causa se halle en estado de resolver. Es importante aclarar que en el actual sistema procesal adversarial, la decisión judicial se adopta en audiencia, de lo que se colige que sería necesario cumplir previamente con las etapas de anuncio, admisibilidad y práctica de pruebas aportadas por las partes para que luego el juez, si estima necesario, disponga medidas para mejor resolver. Esta afirmación tiene sentido por cuanto las partes gozan de la posibilidad de disponer o renunciar a sus medios probatorios, por lo que se debe establecer el momento procesal en el que por efecto de la aplicación del *principio de comunidad de la prueba*,¹⁰³ pasan a formar parte del acervo probatorio que debe valorar el juzgador y, por tanto, las partes están impedidas de disponer de ellas.

Entonces, la cuestión se centra en verificar el momento procesal en que las partes pueden disponer (renunciar) de un determinado medio probatorio. Al respecto se ha sostenido que:

¹⁰¹ Botto Oakley, “Límites o alcances”, 170–71.

¹⁰² Augusto M. Morello, “Modernidad de la Prueba”, en *Actos del juez y prueba civil*, ed. Fernando Quiceno Álvarez (Bogotá: Editorial Jurídica Bolivariana, 2001), 539.

¹⁰³ El principio de comunidad de la prueba también llamado de adquisición significa que la prueba incorporada al proceso “no pertenece a quien la aporta y que es improcedente pretender que sólo a éste [sic] beneficie, puesto que, una vez introducida legalmente al proceso, debe tenérsela en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, sea que resulte en beneficio de quien la adujo o de la parte contraria, que bien puede invocarla”.*

* Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, 118.

si la renuncia se da antes de la admisión de la prueba por parte del juez y la parte contraria no tiene objeción a ella, es posible hacerla pues aún no forma parte del proceso; en cambio, si la renuncia se realiza una vez que el juez la ha admitido ya no es posible hacerlo, ya que, de conformidad con los principios de adquisición procesal y comunidad de la prueba, ahora la prueba le pertenece al proceso y no a las partes, por tal razón, no se puede renunciar a su práctica.¹⁰⁴

En sentido similar, se ha dicho que “la renuncia de un medio de prueba se la debe efectuar antes del debate probatorio, es decir en la fase o en el momento de la admisibilidad, por cuanto, al decidir dicha renuncia, el elemento de prueba anunciado por escrito no ingresa al proceso y su contenido no forma parte del acervo probatorio, es decir, no pasaría a formar parte de la actividad probatoria”.¹⁰⁵

Pese a la contundencia de estos argumentos, no deja de ser inquietante la posibilidad de que el juzgador pueda ordenar diligencias para mejor proveer al momento de resolver una excepción previa, cuyo tratamiento y resolución fuere necesario efectuarse previo a cumplir con las fases de admisibilidad o práctica de pruebas. Tal sería el caso de la excepción de incompetencia a la que no se haya adjuntado prueba documental válida sino fotocopias simples. En este caso, estimamos que el juez, en aras de procurar economía procesal, sin desgastar las demás etapas de la audiencia (incluida el anuncio y admisibilidad de medios probatorios) podría suspenderla y ordenar la obtención de la prueba documental que sustente tal excepción, que además constituye una solemnidad sustancial común a todos los procesos¹⁰⁶ a fin de que cuente con los elementos necesarios para resolver sobre la misma, decisión que incluso tiene consecuencias procesales ya que se vincula directamente con la validez del proceso.

A pesar de lo mencionado, compartimos el criterio de que la oportunidad para disponer de tales medidas, por regla general, será luego de la práctica de las pruebas que fueron anunciadas por las partes y admitidas por el juez.

El cuarto parámetro señala que la medida debe tener únicamente finalidad probatoria. Aunque parezca un tema obvio o evidente, muchas veces puede prestarse a distorsiones. El juez debe tener presente que las diligencias para mejor proveer deben

¹⁰⁴ Ernesto Guarderas Izquierdo, María Belén Cañas y Ricardo Hernández González, *COGEP: manual práctico y analítico: procedimientos, audiencias y teoría del caso* (Quito: Ediciones Legales, 2016), 76.

¹⁰⁵ Pablo Javier Silva Mejía, “La iniciativa probatoria del juez en el Código Orgánico General de Procesos” (Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, 2019), 34.

¹⁰⁶ “Solemnidades sustanciales. Son solemnidades sustanciales comunes a todos los procesos: 2. Competencia de la o del juzgador en el proceso que se ventila”.*

* Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, art. 107, núm. 2.

centrarse en el material probatorio, sin que le sea permitido extender esta facultad a diligencias no probatorias. Si consideramos que las diligencias para mejor proveer se activan cuando el juzgador tiene dudas en la formación de su convicción, “está descartando, en primer lugar, la hipótesis de que no exista ningún tipo de probanzas; y, en segundo lugar, que tales diligencias puedan extenderse a otro ámbito que no sea el probatorio”.¹⁰⁷ De esta manera, el juzgador mantiene intacta su imparcialidad, garantizando el derecho a la defensa de las partes y evitando incursionar en asuntos que, no siendo materia de la litis o ajenos a la estrategia de defensa de los litigantes, puedan llegar a vulnerar su derecho a la tutela judicial efectiva.

El quinto parámetro señala que las medidas deben surgir espontáneamente de la iniciativa del juzgador. Con sobrada razón se ha expresado que “las partes no pueden hacer indicaciones al tribunal, ni aun tratándose del ministerio fiscal. Debe ser un acto espontáneo y hasta debe el juez ignorar a quien va a favorecer”.¹⁰⁸ Si son sugeridas o pedidas por las partes, no podrían ser vinculantes para el juzgador, pues la labor jurisdiccional no se reduce a suplir las deficiencias o yerros en que incurran, tanto más que las reglas de la carga de la prueba siguen vigentes sobre ellos, al punto tal que “si el juez no estimase necesaria esa medida, la parte habría perdido un elemento de prueba quizá indispensable para lograr un fallo favorable, y a nadie podría culpar más que a su propio descuido”.¹⁰⁹ Entonces, la activación de las medidas para mejor proveer debe surgir espontáneamente del juzgador cuando estime necesario contar con mayores elementos probatorios para formarse convicción y emitir la decisión del caso.

El sexto parámetro tiene relación con que la medida o medidas adoptadas deben ser legales. Cuando nos referimos a la legalidad, estamos hablando de que la prueba ordenada debe cumplir con los requisitos de admisibilidad establecidos en el Art. 160 del Código Orgánico General de Procesos, que regula lo que doctrinariamente se define como *requisitos intrínsecos* de la prueba, que en suma son los siguientes:

- a) conducencia del medio escogido, es decir, que legalmente sirva para establecer el hecho que va a probarse con él; b) pertinencia o relevancia del hecho que se ha de probar con ese medio, es decir, que se relacione con el litigio o la materia del proceso voluntario; c) utilidad de la prueba, en cuanto sea necesaria y no aparezca inútil por existir presunción o confesión válida o notoriedad general respecto del hecho que se ha de probar con ella u

¹⁰⁷ Devis Echandía y Alvarado Velloso, *Compendio de la prueba judicial*, 77.

¹⁰⁸ Hugo Alsina, “Las incompatibilidades”, en *Actos del juez y prueba civil*, ed. Fernando Quiceno Álvarez (Bogotá: Editorial Jurídica Bolivariana, 2001), 98.

¹⁰⁹ Sentis Melendo, “Facultades del juez”, 101.

otros medios análogos que resulten suficientes para establecerlo; d) ausencia de prohibición legal para investigar el hecho.¹¹⁰

A los requisitos mencionados, hemos de agregar la exigencia de que para su obtención no haya mediado simulación, dolo, fuerza física, fuerza moral o soborno, así como que se trate de prueba que pueda ser sujeta a contradicción. Todas estas exigencias deben cumplirse para que las diligencias ordenadas puedan ser practicadas como prueba y valoradas al momento de decidir la controversia.

El penúltimo parámetro se refiere a la conservación de la igualdad de las partes en el proceso. La facultad oficiosa se ejercita en beneficio del proceso y no de los litigantes. Con calificado razonamiento se ha dicho que:

La facultad probatoria del juez, no está enfocada a la violación de los principios procesales, ni mucho menos al perjuicio de alguna de las partes, peor aún se la ha plasmado para suplir las falencias que hayan cometido los litigantes, o cometer arbitrariedades para beneficiar a uno u otro, sino que se la ha estipulado en búsqueda de efectivizar una verdadera tutela judicial efectiva.¹¹¹

Efectivamente, debemos reconocer que las medidas adoptadas serán aquellas que el juzgador requiera para el esclarecimiento de los hechos en disputa “pero también para mantener la igualdad de los litigantes o prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe, así como aquellas tendientes a la más rápida y económica tramitación del proceso”.¹¹²

El ejercicio jurisdiccional es indiferente de la estrategia de defensa de los litigantes; de ahí que el interés del juez no es inclinar la balanza a favor de alguno de ellos; por el contrario, su cometido es mantener incólume su imparcialidad, manteniendo equilibrio (igualdad) en la situación probatoria de las partes.

Finalmente, el último parámetro se refiere a que en la disposición y producción de la medida ordenada participen los litigantes. Esta exigencia se relaciona directamente con el derecho a la defensa de que gozan las partes, quienes deben conocer de la medida adoptada a fin de que puedan prever su resultado, oponerse a su práctica por considerarla ajena al objeto de la litis o ilegal, así como a impugnar su ordenación.

Sobre este tema, es importante resaltar que la disposición de medidas para mejor resolver no podría impugnarse verticalmente, bien sea por recurso de apelación o hecho, considerando que en virtud del principio de *impugnabilidad vertical cerrada* establecido

¹¹⁰ Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, 277–78.

¹¹¹ Silva Mejía, “La iniciativa probatoria del juez”, 58.

¹¹² Sentis Melendo, “Facultades del juez”, 100.

en el Código Orgánico General de Procesos¹¹³ únicamente se pueden recurrir de las providencias a las que la ley expresamente conceda estos recursos, sin que este sea el caso. En cuanto a los recursos horizontales, siendo un sistema abierto, no habría impedimento alguno para interponerlos contra la providencia que ordena la diligencia.

Sea cual fuere el caso, los litigantes gozan de las prerrogativas que les confiere la Constitución y la ley en lo atinente a la disposición y práctica de las diligencias para mejor proveer, garantizándose el debido proceso y el normal desarrollo del proceso, permitiendo con ello un involucramiento y participación activa de los contendientes en la evacuación de la prueba ordenada de oficio por el juzgador.

4. La potestad del juez para ordenar pruebas de oficio en la legislación ecuatoriana

La potestad o facultad conferida al juzgador para que ordene pruebas de oficio no es de reciente data. La primera ocasión que surgió la figura nos remonta al Código de Enjuiciamientos en Materia Civil¹¹⁴ que contenía dos disposiciones que regulaban la facultad probatoria del juez; el Art. 143 señalaba que el juez tenía la potestad de ordenar pruebas “que juzgue necesarias para el esclarecimiento de la verdad, en cualquier estado de la causa, antes de la sentencia”, excepto la prueba testimonial. En este mismo contexto, el Art. 80 establecía la potestad de ordenar un nuevo peritaje cuando el juzgador no encontrase claridad en la prueba pericial practicada.

Posteriormente, con la promulgación del Código de Procedimiento Civil de 1953,¹¹⁵ se instituyeron algunas disposiciones que dotaban de iniciativa probatoria al juez; anteriormente nos hemos referido al Art. 687 relacionado con las facultades oficiosas del juez partidor.

Pero la disposición legal, que marcó un serio debate sobre el carácter cuasi oficioso del procedimiento civil, es la que, manteniendo un texto casi inalterable por mucho tiempo, se ubicó por última vez en el Art. 118 del Código de Procedimiento Civil reformado y codificado en el año 2005.¹¹⁶ De esta norma, habíamos hablado sucintamente

¹¹³ “Se concederán únicamente los recursos previstos en la ley. Serán recurribles en apelación, casación o de hecho las providencias con respecto a las cuales la ley haya previsto esta posibilidad. La aclaración, ampliación, revocatoria y reforma serán admisibles en todos los casos, con las limitaciones que sobre la impugnación de las sentencias y autos prevé esta Ley”.*

* Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, art. 250, inciso 2°.

¹¹⁴ Ecuador, *Código de enjuiciamientos en materia civil*.

¹¹⁵ Ecuador, *Código de Procedimiento Civil*, 1953.

¹¹⁶ “Los jueces pueden ordenar de oficio las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad, en cualquier estado de la causa, antes de la sentencia. Exceptúase la prueba de testigos, que

en líneas anteriores, sin embargo, merece la pena hacer una breve reseña sobre su contenido.

En primer lugar, se trata de un facultad potestativa o discrecional del juzgador. Si la consideramos como una *facultad* o *prerrogativa* del juez, estamos reconociendo que no se trata de un *deber*, por lo que, si no se llegare a emplear, no existiría ninguna consecuencia o sanción para el juez. Ahora bien, existe una tendencia que reclama al juez por su falta de iniciativa probatoria, argumentando principalmente que “el proceso debe ser orientado hacia la búsqueda de la verdad, no se puede hacer menos que reconocer que la actividad probatoria de las partes puede no ser suficiente –y de hecho en muchos casos no lo es– para alcanzar la verdad de los hechos”.¹¹⁷ En contraposición a esta corriente, hay quienes sostienen el criterio contrario, pues estiman que “Se trata evidentemente de concepciones ideológicas que priman los poderes del juez en el proceso, en contra de las garantías de las partes y cuya base autoritaria es hoy sobradamente conocida pues respondían al predominio de los poderes del Estado sobre el individuo en la sociedad”.¹¹⁸

Hemos señalado que el empleo de la prueba de oficio o medidas para mejor proveer de ningún modo puede instituirse como una medida inadecuada o arbitraria por cuanto su propósito es la búsqueda de la verdad o, si se quiere, la incorporación de material probatorio que genere convicción en el juzgador sobre los hechos controvertidos, dotando de un alto grado de certeza a su decisión.

En segundo lugar, se torna ineludible manifestar que la disposición *in comento* instauraba una atribución legal que rebasa la visión tradicional y reduccionista del proceso civil, dejando atrás la herencia privativista imperante, recayendo en el juzgador la responsabilidad de *encontrar la verdad* más allá del material probatorio aportado por los contendientes. Por ello, es fatua la confrontación doctrinaria de quienes dividen a la verdad en formal y material,¹¹⁹ ya que “la verdad no puede ser más que una, de suerte

no puede ordenarse de oficio; pero sí podrá el juez repreguntar o pedir explicaciones a los testigos que ya hubiesen declarado legalmente. Esta facultad se ejercerá en todas las instancias antes de sentencia o auto definitivo, sea cual fuere la naturaleza de la causa”.*

* Ecuador, Código de Procedimiento Civil, 2005, art. 118.

¹¹⁷ Diana María Ramírez Carvajal, *La prueba de oficio: una perspectiva para el proceso dialógico civil* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009), 16.

¹¹⁸ Juan Montero Aroca, *La prueba en el proceso civil* (Madrid: Civitas, 2012), 29.

¹¹⁹ Sobre el tema se ha sostenido que: “En el proceso existe la necesidad de encontrar la verdad sobre la ocurrencia de los hechos, considerándose en doctrina que en el proceso civil se forma de una verdad más liviana, menos exigente, en la que basta en persuadir sobre la fundamentación de los hechos y la certidumbre de que ellos existen. Respecto de la verdad formal se determinaría como una realidad a probar, mientras que la material diríamos es como un simple convencimiento o persuasión, considerándose que el primero es un principio y el segundo un argumento”.*

que, o la verdad formal coincide con la material, y no es más que verdad, o se aparta de ella, y no es sino una no verdad”.¹²⁰ Entonces, el juzgador ejercitaba esta iniciativa con el único propósito de encontrar la verdad que dote de justicia a su decisión, manteniendo su imparcialidad y la igualdad de las partes.

Sin perjuicio de lo anotado, es necesario enfatizar que esta facultad debía emplearse discretamente y de manera excepcional. El peligro de que se vulnere la igualdad procesal de las partes se vuelve inminente si no se hacía un uso adecuado de la misma.

En definitiva, la norma procesal establecida en el Art. 118 del Código procesal civil reafirmaba la iniciativa probatoria del juzgador,¹²¹ facultad que, como ha quedado establecido, de manera limitada, se había reconocido en cuerpo procesales anteriores, por lo que es indudable que dentro del sistema procesal civil ecuatoriano, esencialmente escriturario y predominantemente dispositivo, hubo lugar reducido para la iniciativa oficiosa del juez en cuanto a la obtención del material probatorio. De esto se infiere que

* Johnny Palacios Soria, *Generalidades del código orgánico general de procesos una mirada dentro del aspecto doctrinario de las instituciones jurídicas del nuevo sistema procesal* (Quito: s. e., 2017), 464.

¹²⁰ Manuel Moron Palomino, “La prueba procesal”, en *Actos del juez y prueba civil*, ed. Fernando Quiceno Álvarez (Bogotá: Editorial Jurídica Bolivariana, 2001), 354.

¹²¹ Al respecto la jurisprudencia nacional ha sostenido: “El disponer de oficio la práctica de pruebas (providencias para mejor proveer), no es un deber sino una facultad del Juez de instancia, para el evento de que, a su criterio, hagan falta ciertas constancias procesales para establecer los hechos en torno a los cuales gira la litis; no se puede acusar al juzgador de instancia de quebrantar la ley, y peor la Constitución Política de la República, porque no ejerza la facultad que le reconoce el artículo 122 del Código de Procedimiento Civil con el argumento de que se está sacrificando la justicia por la sola omisión de formalidades; si a criterio del juzgador de instancia aparecen de las tablas procesales todas las constancias que le permitirán fallar, no está obligado a disponer, de oficio, la práctica de otras pruebas. Inclusive cuando dispone de oficio la práctica de pruebas complementarias, el Juez ha de tener especial cuidado ya que no puede por esta vía romper el equilibrio de las partes y convertirse en patrocinador de una de ellas. Así, por ejemplo, no puede subsanar la manifiesta incuria del abogado patrocinador de una de las partes. Únicamente cuando exista un gravísimo desequilibrio entre la posición procesal de una de las partes respecto de la otra, situación en la que inclusive se vislumbre el abuso del derecho como consecuencia de este desequilibrio, podrá el juzgador de instancia, con mesura, disponer de oficio la práctica de las pruebas indispensables para que se pueda establecer la verdad en el proceso; menos aún le puede legitimar al juzgador de instancia su conocimiento personal de los elementos fácticos de la contienda para que disponga de oficio la práctica de pruebas, ya que ello sería manifestación de una inaceptable parcialización. Por lo tanto, se desecha el cargo de que el Tribunal de última instancia ha infringido el artículo 192 de la Carta Política. De la misma manera, cabe anotar que el hecho de que el Tribunal de última instancia no haya fallado a favor de las pretensiones de la recurrente, no implica de ninguna manera que le haya negado el acceso a la justicia; los justiciables, al acceder a la decisión de un órgano jurisdiccional, buscan de éste un pronunciamiento acerca del derecho que invocan, sea para su constitución, reconocimiento o exigibilidad; pero el órgano jurisdiccional no tiene porque [sic] aceptar todas las demandas que se le presentan, ni la obligación de valorar las pruebas del modo en que lo desean los litigantes; la valoración de la prueba, como ha dicho esta Sala en múltiples resoluciones, es una atribución exclusiva de los jueces de instancia, y la mera discrepancia respecto al método utilizado para dicha valoración por parte del recurrente no es causal de casación, a menos de que se evidencie que esa valoración es absurda o arbitraria, lo que no ha sido tampoco acusado en la especie”.*

* Ecuador, Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Juicio n.º: 268-2002*, 07 de mayo de 2003.

el legislador siempre tuvo presente la participación mínima del juzgador a fin de que se procure, por sí mismo, las herramientas probatorias que le permitan discernir de mejor manera sobre los hechos en disputa, sin que aquello enerve su imparcialidad o desnaturalice el noble sentido de esta delicada prerrogativa judicial.

Adicionalmente, es necesario recordar que el texto del Art. 118 antes mencionado expresamente prohibía que se practique prueba de oficio sobre testimonios, permitiendo únicamente que el juez pueda repreguntar o pedir explicaciones a los testigos que ya hubiesen declarado legalmente. Esta restricción no se presenta en el Código Orgánico General de Procesos, por lo que consideramos que dicha restricción debería extenderse a este cuerpo legal, a fin de evitar los problemas que en su práctica pueda presentar.

5. La prueba de oficio en el Código Orgánico General de Procesos

Frente a la necesidad acuciante de replantear o sustituir el paradigma procesal ecuatoriano¹²², iniciado con la promulgación de la Constitución de la República de 1998¹²³ y revalidado en la Carta Fundamental vigente¹²⁴, se logró la proclamación y reconocimiento de la oralidad como sistema aplicable en la sustanciación de todos los procesos. Este mandato constitucional, postergado injustificadamente por varios años en cuanto a su implementación en materias no penales, finalmente tuvo su realización a partir de la puesta en vigencia del Código Orgánico General de Procesos. Este cuerpo procesal de vanguardia preconizó el sistema de justicia oral adversarial vigente en la actualidad.

En lo atinente a las facultades oficiosas en materia probatoria, el juez tiene un espectro considerable, pero limitado, dada la naturaleza adversarial del proceso. Se pueden señalar las siguientes facultades:

¹²² En su momento y sobre los problemas en la aplicación del sistema procesal predominantemente escriturario de corte dispositivo, se dijo: “Para nadie es novedad alguna el actual desborde del sistema de justicia, para nadie es novedad que los consumidores del sistema de justicia están insatisfechos. Muchos conflictos sociales se están dando por una falta de respuesta a las necesidades de tutela. Como respuesta a dicha crisis, muchos procesalistas han ideado y propuesto para nuestra sociedad una serie de herramientas destinadas a cambiar o intentar cambiar el estado de cosas actuales”.*

* Simons Pino, “Poderes jurisdiccionales”, 822.

¹²³ “La sustanciación de los procesos, que incluye la presentación y contradicción de las pruebas, se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios: dispositivo, de concentración e inmediatez”.*

* Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador*, 1998, art. 194.

¹²⁴ “La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: 6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo”.*

* Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art.168.

a) Ordenar de oficio la práctica de la prueba que juzgue necesaria para el esclarecimiento de los hechos controvertidos (Art. 168, 294.7.b) COGEP y Art. 130.10 COFJ); b) Rechazar de oficio prueba impertinente, inútil e inconducente (Art. 160 inciso 2); c) Examinar directamente lugares, cosas o documentos, cuando lo considere conveniente o necesario para la verificación o esclarecimiento del hecho o materia del proceso (Art. 228); d) Ordenar prueba pericial, cuando la percepción sensorial de la o del juzgador sobre lugares, cosas o documentos examinados no sea suficiente para obtener una conclusión precisa de la diligencia (Art. 229 inciso 2); e) Cuando se trate de derechos de niñas, niños y adolescentes, en materia de derecho de familia y laboral, la o el juzgador ordenará a las partes que pongan con anticipación suficiente a disposición de la contraparte, la prueba que esté o deba estar en su poder, así como dictar correctivos si lo hace de manera incompleta (Art. 169 inciso 3).¹²⁵

Ahora bien, de todas ellas merece especial atención la facultad prevista en el Art. 168 del Código Orgánico General de Procesos¹²⁶ que articula, con una textura amplia, la posibilidad de que el juzgador pueda ordenar prueba de oficio, dentro de los presupuestos establecidos en dicha disposición legal. Al respecto se ha dicho:

Si bien existen pruebas que puede actuar el juez prueba para mejor resolver (Art. 168 COGEP), pero deberán ser para formarse un criterio para tomar una decisión, pero nunca inclinar la balanza ordenando pruebas destinadas a comprobar los hechos controvertidos. El conocimiento privado del juez coloca en cierto modo al juez en situación de riesgo y lejos de facilitar su tarea constituye un obstáculo para el ejercicio de su función.¹²⁷

Efectivamente, se trata de una facultad sensible, delicada, que debe emplearse con sumo cuidado y de manera excepcional, ya que el juez al dictarlas “puede alterar la distribución de la carga de la prueba”¹²⁸ por lo que debe obrar cautelosamente a fin de no quebrantar su imparcialidad y afectar el derecho a la igualdad de las partes.

Conforme advertimos con anterioridad, se trata de una atribución *facultativa* del juzgador, tanto más que la norma señala que “podrá” hacer uso de esta, por lo que, si el juzgador optase por no hacerlo, ninguna de las partes podría reprochárselo. Este criterio se refuerza al observar las facultades conferidas a los jueces en el Código Orgánico de la Función Judicial,¹²⁹ entre las que consta “Ordenar de oficio, con las salvedades señaladas en la ley, la práctica de las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la

¹²⁵ Carlos Ramírez Romero, *Apuntes sobre la prueba en el COGEP* (Quito: Corte Nacional de Justicia, 2017), 24-5.

¹²⁶ “Prueba para mejor resolver. La o el juzgador podrá, excepcionalmente, ordenar de oficio y dejando expresa constancia de las razones de su decisión, la práctica de la prueba que juzgue necesaria para el esclarecimiento de los hechos controvertidos. Por este motivo, la audiencia se podrá suspender hasta por el término de quince días”.*

* Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, art. 168.

¹²⁷ Palacios Soria, *Generalidades del código orgánico*, 429.

¹²⁸ Víctor Fairen Guillen, “Los actos del juez”, en *Actos del juez y prueba civil*, ed. Fernando Quiceno Álvarez (Bogotá: Editorial Jurídica Bolivariana, 2001), 332.

¹²⁹ Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, art. 130, numeral 10.

verdad”. Como podemos observar, la ley ha establecido la iniciativa probatoria como una atribución potestativa del juzgador y no como un deber u obligación legal, por lo que su falta de activación de ningún modo produciría consecuencias para el juez.

En cuanto a la disposición de esta facultad oficiosa, vemos que tampoco puede tratarse de un acto arbitrario del juzgador; cuando la norma exige que el juez deje “expresa constancia de las razones de su decisión”,¹³⁰ lo que está exigiendo es que se trate de una decisión motivada.

La motivación impone al juzgador el deber de “enunciar las disposiciones legales o constitucionales, así como los principios jurídicos o la jurisprudencia aplicable al *thema decidendum*, que justifique la adopción de la decisión, debiendo explicar la pertinencia de la aplicación de las normas a los antecedentes de hecho”.¹³¹ En virtud de lo manifestado, si se omite este deber constitucional, el mandato judicial que dispone la prueba de oficio carecería de eficacia y sería considerado nulo según lo establecido en el literal l) numeral 7) de la Constitución de la República. Sobre el tema se ha expresado lo siguiente:

La motivación es una garantía sustancial del debido proceso que se traduce en el derecho que tienen todas las personas a recibir decisiones judiciales debidamente fundamentadas, lo cual implica que las mismas no deben agotarse en la enunciación de antecedentes de hecho y normas jurídicas, sino deben justificar la relación directa entre las premisas fácticas y jurídicas, a partir de las cuales el juez emite una valoración al respecto. En otras palabras, la motivación exige a las autoridades judiciales la explicación de las razones por las cuales se expide una resolución con la finalidad de que las personas puedan conocer su contenido y entender los motivos por los cuales se ha dictado la misma.¹³²

Entonces, la decisión de proceder oficiosamente no puede ser arbitraria, ya que el juzgador debe exponer motivadamente las razones que lo llevan a obrar de esa manera. Esta garantía de orden constitucional permite legitimar el accionar jurisdiccional acercando a los litigantes los motivos por lo que el juez ha decidido proceder en este sentido, aspecto que definitivamente abona a la transparencia en las actuaciones del juez.

Otra de las cuestiones a destacar tiene que ver con la finalidad perseguida a través de esta facultad. A diferencia de textos normativos anteriores que se centraban en la “búsqueda de la verdad”, la disposición analizada señala que la teleología de la norma es “el esclarecimiento de los hechos controvertidos”. Esto deja atrás la intestina discusión

¹³⁰ Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, art. 168.

¹³¹ Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia No. 095-17-SEP-CC”, en *Caso n.º: 1734-15-EP*, 05 de abril de 2017.

¹³² Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia No. 118-16-SEP-CC”, en *Caso n.º: 1168-14-EP*, 13 de abril de 2016.

en cuanto al alcance del concepto de *verdad* en el proceso y los problemas que en la realidad implicaba, pues “La tendencia moderna ha distorsionado la función de la prueba, polarizando tendencias que van desde la negociación abierta hasta la falsa búsqueda de la verdad real”.¹³³ Si se delimita la prerrogativa para que tenga como finalidad el esclarecimiento de los hechos materia de la litis, se nota un avance en la redacción del texto legal, ya que se señala de manera diáfana que el accionar probatorio oficioso del juez deberá realizarlo siempre dentro del *thema decidendum* u objeto de la controversia fijado por los litigantes, desterrando cualquier iniciativa que pueda quebrantar la congruencia de la decisión que se vaya a proferir.

A lo mencionado anteriormente, debemos agregar que el juzgador se encuentra impedido de activar esta atribución para incorporar pruebas que suplan la falta absoluta de aquellas que debieron suministrar las partes ni para corregir sus negligencias en este rubro, ergo, no puede transgredir el principio de aportación de parte, a fin de garantizar su imparcialidad. Lo que a su vez le impone “ordenar la práctica de los medios de prueba que traigan [las partes] al proceso [...]. Solo de esta forma se evita que el juez actúe inquisitivamente o utilice su conocimiento privado al margen de los resultados que figuran en autos”.¹³⁴

Finalmente, debemos señalar que en la práctica de la prueba de oficio debe respetarse el principio de contradicción, a fin de que los litigantes tengan una participación activa en su evacuación e incluso dispongan de las facultades legales que les permitan conocer su contenido, objetar o impugnar la medida adoptada.

En síntesis, consideramos que la configuración del Art. 168 del Código procesal vigente, no contradice la naturaleza adversarial y dispositiva del proceso oral, tanto más que respeta el amplio catálogo de poderes de que gozan las partes, garantizando además sus derechos a la defensa y a la contradicción. Dentro de este contexto, se puede concluir lo siguiente:

no supone una quiebra del principio dispositivo, *alma mater* del proceso civil, en la medida en que las partes conservan la exclusividad en la determinación del objeto litigioso; soslaya la eventual pérdida de imparcialidad del juez, pues este al llevar a cabo su iniciativa probatoria no está efectuando una actividad inquisitiva, de investigación o de averiguación de hechos no alegados por los litigantes, que podría poner en duda su debida imparcialidad, sino una actividad de verificación de los mismos; y garantiza plenamente el derecho de defensa de las partes. Además, permite que la prueba cumpla

¹³³ Diana María Ramírez Carvajal, “Facultades probatorias”, 244.

¹³⁴ Jorge E. Zavala Egas, *Código orgánico general de procesos - COGEP: notas de estudio* (Ecuador: Murillo Editores, 2016), 215.

su función, pues si esta tiene por finalidad lograr el convencimiento del juez acerca de la existencia de los hechos discutidos en el proceso, resulta contradictorio sostener que la prueba es una actividad que exclusiva y excluyentemente interesa a las partes, y prohibir en consecuencia al juez practicar por propia iniciativa el medio probatorio que considere necesario para alcanzar su debida convicción.¹³⁵

No deja de ser inquietante la forma como esta clase de prerrogativas conviven y armonizan en cuerpos normativos predominantemente dispositivos. La razón de esto se justifica precisamente en que no existen sistemas procesales puros. No obstante, en nuestro país se ha implementado con rango constitucional al principio dispositivo¹³⁶ sin que aquello enerve las facultades probatorias del juez, si consideramos que la misma Carta Fundamental concibe al sistema procesal como “un medio para la realización de la justicia”.¹³⁷ Con ello, permite que el juzgador pueda procurarse, si fuera el caso, de material probatorio que le sea indispensable para formarse convicción sobre los hechos en disputa y poder emitir una decisión más justa.

6. Evolución jurídica del proceso contencioso administrativo

Hemos mencionado anteriormente que la fuente embrionaria del Derecho Administrativo puede ubicarse a partir de la Revolución francesa. A partir de este acontecimiento histórico también se van a construir los cimientos del proceso contencioso administrativo. También dijimos que el advenimiento de la revolución burguesa supuso un fortalecimiento del proceso creativo de normas (legislación) en desmedro del poder juzgador (judicial) del cual se tenía poca confianza. Con ilustrado criterio se ha sostenido que:

lo importante va a ser esa [otra] prohibición a los jueces (de cualquier orden) de penetrar en el sagrado de la administración, a la cual en ningún caso podrán perturbar en su funcionamiento. En consecuencia, una acción judicial *stricto sensu* para precisar la legalidad o la arbitrariedad (i.e. no legitimada en la ley) de una actuación de la administración se hizo imposible.¹³⁸

¹³⁵ *Ibíd.*, 216.

¹³⁶ “La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: 6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo”.*

* Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 168.

¹³⁷ *Ibíd.*, art. 169.

¹³⁸ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I (Bogotá: Temis / Palestra, 2008), 556.

Dentro de este pensamiento, “la justicia no debe inmiscuirse para nada en los asuntos relativos a la administración pública, siendo ésta [sic] la que debe decidirlos en última instancia y por sí sola”,¹³⁹ por lo que no es difícil entender que el control de los actos del poder público (Administración) haya sido confiando a un órgano administrativo: el Consejo de Estado. Este tuvo un carácter netamente consultivo en principio y, posteriormente, alcanzó autonomía al conferírsele facultades jurisdiccionales. Dicho sea de paso, con el devenir del tiempo se produjo una expansión en su estructura a través de la implementación de tribunales inferiores, reservándose al Consejo de Estado la actuación como Tribunal de última instancia.

Estos eventos marcaron las notas distintivas de esta materia; en primer lugar, se proclamó la autonomía de la materia administrativa, sustrayéndola de la justicia ordinaria; en otras palabras, los conflictos en los que era parte la Administración eran conocido por un órgano especializado, ajeno al poder judicial. En segundo lugar, se estableció la idea de un derecho administrativo, dotado de sus propias características y particularidades que lo distinguían del derecho común.¹⁴⁰

Es necesario precisar que el funcionamiento del Consejo de Estado como órgano administrativo ajeno a la Función judicial no significaba necesariamente que se produjera una verdadera justicia administrativa a través de la aplicación de la Ley. Lo trascendental en el aporte del sistema francés se vincula con la idea de limitar el poder del gobernante, dotando de autonomía al contencioso administrativo y germinando las bases del Derecho Administrativo.

En nuestro país, el modelo francés se impuso inicialmente y consistió en “tribunales [que] son parte de la Administración y su función abarca el trámite y resolución de la impugnación, con el sentido de prevalencia del poder antes que de protección y garantía”.¹⁴¹ Este esquema estuvo vigente hasta la promulgación de la Constitución Política de la República de 1967¹⁴² que instauró la aparición de los Tribunales Fiscal y Contencioso Administrativo como órganos independientes de la Administración; incluso supuso la expedición de la ley que regulaba la materia contencioso administrativa.¹⁴³

¹³⁹ Agustín Alberto Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas: Teoría General del Derecho Administrativo*, vol. 8 (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013), 518.

¹⁴⁰ Rodríguez Signes, “Algunas reflexiones”, 301–2.

¹⁴¹ Velázquez Baquerizo, *La Nueva justicia administrativa*, 17.

¹⁴² Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador*, Registro Oficial 133, 25 de mayo de 1967.

¹⁴³ Ecuador, *Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*.

Ahora bien, necesariamente debemos referirnos al modelo español, el cual tiene especial injerencia en las legislaciones latinoamericanas, incluida la nuestra. En este sistema, inicialmente existían Consejos Provinciales con facultades decisorias propias que coexistían con un Consejo Real concebido como un órgano consultivo.

La principal diferencia de este modelo está en el proceso inverso que tuvo en comparación al desarrollo del Consejo de Estado francés, ya que, mientras este pasó de una función consultiva a una jurisdiccional, el Consejo de Estado español prematuramente perdió potestades jurisdiccionales y se consolidó como órgano consultivo. Entonces se instauró un sistema mixto que “fue pasando luego de diversas reformas entre una jurisdicción administrativa integrada al Poder Judicial y otra con órganos administrativos hasta fines del siglo XX con la instauración de un sistema judicial puro”,¹⁴⁴ a través de la creación de juzgados de lo contencioso administrativo, distribuidos en juzgados de primer nivel y tribunales de segunda instancia.

De este modelo se incorporaron figuras importantes del Derecho Administrativo, como la del agotamiento de la vía administrativa a través de un acto que cause estado, así como el carácter revisor jurisdiccional, ajeno de lo discrecional y enfocado en la constatación de la lesión a un derecho subjetivo, entre otros postulados que han sido recogidos en nuestra legislación.

Sin dejar del todo el influjo del sistema francés, nuestro país acogió mayormente el modelo español caracterizado por un “tribunal [que] es parte de esa función [judicial] y resuelve sobre la legitimidad de los actos; su sentencia tiene efectos jurisdiccionales, exclusivamente para las partes procesales: el accionante y el accionado; tornándose en un organismo que previene el exceso de poder, debe controlar la Administración”.¹⁴⁵ Este sistema, con algunas variaciones, se ha mantenido vigente en nuestro país desde 1967 hasta la actualidad.

Sin embargo, los problemas suscitados en la adopción de estos modelos y su implementación en las legislaciones latinoamericanas no han sido pocos. Con abierta solvencia se ha afirmado del modelo francés que se han captado sus deficiencias en lugar de apropiarse de sus virtudes. En este sentido se ha dicho que:

tienen la culpa de haber puesto en esos códigos preferentemente los aspectos negativos del “contencioso-administrativo” clásico (exclusión del recurso respecto de: La discrecionalidad técnica, los actos de gobierno, las facultades discrecionales en general,

¹⁴⁴ Rodríguez Signes, “Algunas reflexiones”, 303.

¹⁴⁵ Velázquez Baquerizo, *La Nueva justicia administrativa*, 17.

etc.), olvidando incorporar sus aspectos positivos: Celeridad y gratuidad del proceso, efectivo control de la desviación y el exceso de poder, protección efectiva del interés legítimo, etcétera.¹⁴⁶

Efectivamente, si bien la limitación en cuanto al control jurisdiccional de los actos de la Administración, propio de la visión clásica del contencioso administrativo y de la negación de la división de poderes, también estuvo vigente en las legislaciones latinoamericanas, con el paso del tiempo ha venido cediendo espacio hasta quedar totalmente reducida.¹⁴⁷

En la actualidad, es indiscutible que todos los actos de la administración son impugnables en vía jurisdiccional, sin que importe las categorizaciones que pretenden excluirlos de tal control, tal fuese aquella relativa a los actos de gobierno o actos discrecionales, los cuales “no son frutos exclusivos de los errores iniciales que fundamentaron el contencioso administrativo, sino también de aquellas ideologías políticas que pretendían justificar actos sin el debido control jurisdiccional”.¹⁴⁸

Los argumentos vertidos demuestran la evolución del proceso contencioso administrativo que, despojándose de los artilugios anacrónicos que primaron en sus inicios, actualmente “se erige como una herramienta de control de la actividad administrativa que se vincula de modo inescindible con el monopolio que ostenta el Estado en la administración de justicia, que constituye un fin y una garantía que sustenta el pacto social”.¹⁴⁹ Esta concepción garantista del proceso contencioso administrativo tiene sustento en el cambio de paradigma del Estado de Derecho hacia la instauración del Estado constitucional de derechos y justicia¹⁵⁰, que tiene como piedra angular la

¹⁴⁶ Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, 521–22.

¹⁴⁷ “El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva comporta la inexistencia de sectores inmunes al control judicial. Cualquiera que sea el órgano frente al que se demande justicia y cualquiera que sea la norma invocada como fundamento de la pretensión, la persona que crea tener derecho a algo ha de tener acceso a un órgano judicial, esto es imparcial e independiente, que juzgue y haga ejecutar lo juzgado”.*

* Jesús González Pérez, “La jurisdicción contencioso-administrativa (extensión y límites)”, en *El contencioso-administrativo y la responsabilidad del Estado* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986), 29, citado en Juan Carlos Benalcázar Guerrón, *Derecho procesal administrativo ecuatoriano* (Quito: Andrade & Asociados Fondo Editorial, 2007), 95.

¹⁴⁸ Bartolomé A. Fiorini, *Qué es el contencioso* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997), 14.

¹⁴⁹ Marco Morales Tobar, *Manual de derecho procesal administrativo* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011), 475.

¹⁵⁰ Sobre el cambio del paradigma constitucional, se ha señalado lo siguiente: “Este cambio, aparentemente semántico, tiene una significación enorme porque implica la superación definitiva, en el Ecuador, del Estado legalista o de legalidad, que había prevalecido en el país desde inicios de la República por allá en 1830, para adoptar el llamado modelo constitucional garantista o garantizado. El paradigma constitucional garantista pretende en última instancia la rematerialización de la Constitución por medio de su conversión en norma jurídica, o mejor, en conjunto normativo plenamente eficaz [...]. Ahora bien, cumplir con este designio implica, como es obvio, transformaciones en la propia estructura y funcionamiento del Estado que se convierte en un ‘Estado jurisdiccional’ debido a la metamorfosis del rol

justiciabilidad de los derechos y, dentro de ellos, el control judicial de los actos de la Administración.

De este modo, el Art. 173 de la Constitución de la República categóricamente señala: “Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”. Esta norma constitucional proclama la impugnabilidad judicial de todos los actos de la administración pública, precisando además que si bien el texto se refiere a actos administrativos, debe entenderse que engloba a las demás formas de expresión de la administración, tales como contratos, reglamentos, entre otros, ya que el ámbito de protección jurisdiccional debe mirarse a la luz del principio de tutela judicial efectiva¹⁵¹ consagrado en el texto fundamental,¹⁵² sin que pueda vulnerarse su sentido por una interpretación literal y restrictiva, lo que implica que “el proceso contencioso administrativo debe diseñarse en torno a un criterio de tutela judicial efectiva de los administrados, respecto de cualquier manifestación jurídica de la actividad administrativa en su faceta pública, y no exclusivamente en torno al concepto estricto de acto administrativo”.¹⁵³ En síntesis, el texto constitucional debe entenderse en el sentido amplio de cobertura judicial frente a todos los actos o manifestaciones del poder público.

Las argumentaciones precedentes nos llevan a concluir que la finalidad del proceso contencioso administrativo es la sumisión de la Administración al Derecho, acompañada de la tutela efectiva de los derechos de los particulares. En otras palabras, “Tutela de la legalidad y de los derechos de los administrados, inseparablemente, componen el aspecto teleológico del proceso contencioso administrativo; aspecto que constituye una garantía para el administrado íntimamente conjugada con el interés

de los jueces que asumen un papel activo y esencial en el proceso de creación de derecho vigente y se convierten en realizadores materiales de los valores y principios constitucionales”.*

* Juan Montaña Pinto, ed., *Apuntes de derecho procesal constitucional*, Cuadernos de trabajo / Corte Constitucional para el período de transición (Quito: Corte Constitucional de Ecuador / Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2011), 35–6.

¹⁵¹ “el derecho a la tutela judicial implica el acceso efectivo a la justicia y obtener de ella una respuesta en base a los preceptos constitucionales y legales vigentes en el ordenamiento jurídico nacional. En este sentido, este derecho contempla un enfoque integral, a efectos de garantizar la vigencia de derechos constitucionales. En consecuencia, la tutela judicial efectiva requiere de la existencia de operadores de justicia, quienes deben velar por el cumplimiento de la normativa constitucional y legal dentro de un caso concreto, con el objeto de alcanzar la justicia”.*

* Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia No. 278-15-SEP-CC”, en *Caso n.º: 990-11-EP*, 02 de septiembre de 2015.

¹⁵² “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”.*

* Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 75.

¹⁵³ Benalcázar Guerrón, *Derecho procesal*, 72–73.

general”.¹⁵⁴ Esta nota peculiar del proceso contencioso administrativo guarda perfecta sincronía con el paradigma constitucional actual que propugna la protección jurisdiccional de los derechos y garantías de las personas sobre cualquier acto u omisión que pueda vulnerarlos, menoscabarlos o desconocerlos, especialmente aquellos que provienen de la actividad del Estado.

7. El juez contencioso administrativo como mero revisor de las actuaciones administrativas

Para tratar este tema, es imprescindible precisar que, cuando nos referimos a la facultad revisora del juez contencioso administrativo, estamos aludiendo la existencia previa de un acto expedido por la Administración que lesiona derechos subjetivos de los particulares. En otras palabras, nos circunscribimos a la *acción* de plena jurisdicción o subjetiva que “ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata”.¹⁵⁵

Utilizamos el término “acción” para denotar que se trata de una contienda sujeta a la decisión de un órgano que pertenece a la Función Judicial y no de un “recurso” contencioso administrativo como erróneamente se adoptó por mucho tiempo en nuestra legislación. Este último fue heredado del sistema francés que concebía a la justicia contencioso administrativa como una función ejercida por la propia Administración, sin que aquello implique un simple error de semántica, pues la palabra “recurso” expresaba connotaciones de orden ideológico y político propias de la revolución burguesa establecidas en un contexto histórico determinado, que afortunadamente han sido superadas en la actualidad.¹⁵⁶ Hoy en día existe un consenso mayoritario de que “la impugnación de los actos administrativos en sede judicial se efectúa a través de los medios procesales comunes: Trátase, pues, de una acción que se instaura contra la Nación, de una demanda ordinaria, y no de un ‘recurso’ contencioso-administrativo”.¹⁵⁷

¹⁵⁴ *Ibíd.*, 39.

¹⁵⁵ Morales Tobar, *Manual de derecho procesal administrativo*, 520.

¹⁵⁶ El Código Orgánico General de Procesos define como “acciones” a la de plena jurisdicción o subjetiva y la de anulación objetiva o por exceso de poder, proclamando que se trata de asuntos sometidos a la decisión de un juez (tercero imparcial) que integra la Función Judicial y en los que la Administración Pública es uno de los litigantes.*

* Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, art. 326.

¹⁵⁷ Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, 523.

Como habíamos mencionado, la activación de la facultad revisora del contencioso administrativo exige una decisión administrativa previa, ergo, la existencia del acto ilegítimo proferido por la Administración Pública que será impugnado a través de la acción de plena jurisdicción o subjetiva. Esta exigencia denota además el *carácter impugnatorio* de esta clase de proceso que implica “el respeto del ejercicio previo de la autotutela administrativa como modo ordinario de intervención jurisdiccional en la actividad de la administración.”¹⁵⁸ Esta concepción *per se* supone limitaciones en cuanto a la labor jurisdiccional ejercida por el juez contencioso administrativo.

Recordemos que el establecimiento del “recurso” contencioso administrativo significó principalmente un problema de naturaleza orgánica y funcional. Habiéndose establecido en sus inicios al órgano jurisdiccional como parte de la misma Administración, se tenía la concepción errada de entender al recurso contencioso administrativo como una especie de apelación en el ámbito jurisdiccional. Este pensamiento arcaico carece de sentido, ya que se trata de dos instituciones jurídicas perfectamente diferenciadas y con alcances distintos. Al respecto se ha señalado:

El recurso de apelación solo tiene alguna similitud formal y exterior con este recurso, porque ambos se dirigen a otro órgano y porque para los dos corre un término breve para su interposición; pero con la gran diferencia de que el primero es una vía utilizada dentro de una misma jurisdicción y organización, mientras que el segundo es una vía dirigida a una función estatal distinta.¹⁵⁹

A lo dicho habría que agregar además que es inconcebible en un Estado de Derecho la idea de que la Administración Pública se encuentre en una línea de jerarquía inferior o superior a la Administración de Justicia, pues se trata de dos poderes del Estado cuyas competencias se encuentran plenamente identificadas, de ahí que no sea factible formular apelación contra una decisión administrativa ante un órgano jurisdiccional.

No obstante, esta concepción reduccionista, propia del “recurso” contencioso administrativo, generó limitaciones en las facultades del juez al momento de examinar la legalidad de los actos de la Administración. La decisión administrativa impugnada solamente estaba sometida a revisión judicial en cuanto a su contenido, sin que pueda ser ampliada o limitada. En este sentido se ha dicho que “la decisión la administración pública ha expresado sus intenciones, sus derechos, sus motivos y sus pruebas. Más allá de esta decisión, que contiene toda la voluntad del proceso administrativo, no podrá intervenir el

¹⁵⁸ García de Enterría y Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 576.

¹⁵⁹ Fiorini, *Qué es el contencioso*, 86.

poder judicial”.¹⁶⁰ Evidentemente esta postura circunscribía la labor del contencioso administrativo como mero revisor de los actos de la administración “limitándose su potestad a juzgar la legitimidad del procedimiento y del acto administrativo, razón por la cual, en principio, no puede revisar las cuestiones de hecho ni la apreciación que de ellas haga el órgano de la administración, salvo casos de manifiesta arbitrariedad”.¹⁶¹ En definitiva, se encontraba impedido de basar su decisión más allá de los argumentos de derecho y las motivaciones que sustentaron la emisión del acto impugnado, impidiendo además que el control jurisdiccional analice la veracidad y razonabilidad de los hechos determinantes para la decisión administrativa.

Incluso se estimaba que el juez contencioso administrativo estaba impedido de revisar y pronunciarse sobre aquellos pedidos que fueron soslayados o no resueltos por la Administración, desestimando la posibilidad de hacerlo al momento de declarar la ilegalidad o nulidad del acto impugnado. Esta restricción en el control jurisdiccional provocaba perjuicio al impugnante. Se podría decir que “De esta forma el recurrente, a quien no le basta con una mera anulación, sino que demanda actuaciones positivas, se ve obligado, después de un pleito, a esperar una nueva resolución administrativa, y en caso de que le sea adversa en cuanto al fondo, a montar otro nuevo recurso contencioso-administrativo”.¹⁶² En virtud de la doctrina expuesta, se multiplicaban innecesariamente los recursos contenciosos administrativos alargando la situación de injusticia que debían soportar los particulares.

Esta visión ortodoxa del contencioso administrativo como simple revisor de los actos de la administración supuso que el objeto de la prueba en el juicio se limite a la recreación del material probatorio actuado en la esfera administrativa.¹⁶³ De esta forma, los contendientes se veían en la obligación de intensificar sus argumentos respecto de las pruebas actuadas en sede administrativa mientras que el juez estaba impedido de exigir o

¹⁶⁰ *Ibíd.*, 88–89.

¹⁶¹ Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, 526.

¹⁶² Manuel Arévalo, “El carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa y las sentencias anulatorias de actos en los que la Administración no entró en el fondo del asunto”, *Revista de administración pública*, n.º 42, (1963): 217-228, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2115651>.

¹⁶³ “Al amparo del ‘carácter revisor’ se excluía la posibilidad de pronunciarse sobre cuestiones que no hubieren sido planteadas de manera formal en la vía administrativa o respecto de las cuales no existiese un previo pronunciamiento expreso de la administración; se excluyó la posibilidad de practicar pruebas en el proceso contencioso administrativo, salvo para ‘revisar’ la practicada en el expediente administrativo; se cerró, en fin, cualquier pronunciamiento de la sentencia que no fuese anular el acto impugnado o absolver de la impugnación declarándolo válido”.*

* García de Enterría y Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 581.

promover pruebas que no hayan sido evacuadas previamente ante la propia Administración.

Como no podía ser de otra manera, las deficiencias anotadas exigían un replanteamiento del rol del contencioso administrativo que implique “superar la tradicional y restringida concepción del recurso contencioso-administrativo como una revisión judicial de los actos administrativos previos, es decir, como un recurso al acto, y de abrir definitivamente las puertas frente a cualquier comportamiento ilícito de la Administración”.¹⁶⁴

Afortunadamente, esta posición desacertada y poco alentadora del carácter revisor del contencioso administrativo ha sido superada. Hoy en día “la moderna doctrina sostiene que el objeto de todo proceso, inclusive del contencioso administrativo, es siempre una pretensión, de donde se colige que no es el contenido del acto impugnado sino las pretensiones las que contribuyen a delimitar los poderes del juez”.¹⁶⁵ En la misma línea se ha expresado:

Cuando los titulares de una situación jurídico-administrativa ejercen su acción procesal, lo hacen para obtener una tutela o satisfacción jurídica particular. Lo reclamado al órgano judicial constituye el objeto del juicio. Lo pretendido aparece posibilitado y limitado por la acción. La doctrina llama a este reclamo pretensión procesal [...]. Comúnmente la pretensión procesal contiene un pedido de anulación del acto, y la petición de reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la indemnización de daños y perjuicios.¹⁶⁶

Esta postura garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva de que gozan los ciudadanos, quienes se miden igualitariamente frente a la Administración como contendientes sujetos a la decisión de un órgano judicial independiente que no solo revisará la legalidad del acto impugnado, sino que además deberá pronunciarse sobre las pretensiones fijadas por las partes como objeto de la litis.

8. El carácter oficioso del proceso contencioso administrativo en materia probatoria

Habiéndose establecido las facultades del juez contencioso administrativo más allá de las de un simple revisor de legalidad de los actos expedidos por la Administración, entendemos que “el contencioso no es, en modo alguno, un proceso al acto, o de

¹⁶⁴ *Ibíd.*, 598.

¹⁶⁵ Durán, *Los recursos contencioso administrativos*, 21.

¹⁶⁶ José Roberto Dromi, *Derecho administrativo*, 7. ed. actualizada (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998), 973–74.

protección de la sola legalidad objetiva; es un proceso de efectiva tutela de derechos los del recurrente y los de la Administración (ésta [sic], predominantemente, potestades en lugar de derecho), entre sí confrontados”.¹⁶⁷ De ahí que el rol de juez en esta materia está encaminado no exclusivamente a revisar el contenido del acto impugnado, sino también a resolver las pretensiones que se deduzcan en relación con el mismo.

De lo dicho, es absolutamente comprensible que las facultades conferidas al juez contencioso administrativo sean más amplias que las otorgadas al juez ordinario, en vista de que:

El procedimiento contencioso administrativo general o también llamado por la doctrina ‘ordinario’, esto es, aquel proceso que no tiene un trámite especial; tiene por objeto el control de legalidad de los actos expedidos por la administración pública, a fin de garantizar la tutela judicial de los derechos de los administrados y contrarrestar la arbitrariedad y el abuso del poder por parte de la autoridad pública; y el reconocimiento de los derechos subjetivos vulnerados por la administración en su accionar; pero fundamentalmente el mantenimiento de la vigencia del orden jurídico secundario.¹⁶⁸

Las ideas preliminares refieren al carácter cuasi oficioso del proceso contencioso administrativo, que, por cierto, no es una novedad. Este principio *jurídico técnico* que propugna un tratamiento diferenciado de determinadas materias –cuyo diseño procesal “no puedan inspirarse únicamente en el principio dispositivo o en el oficialidad; necesariamente deberán ser informados por los dos principios a fin de que el proceso esté en plena posibilidad de satisfacer las necesidades de lo disponible y de lo no disponible” –¹⁶⁹ se ha presentado, desde mediados del siglo XX, con intensidad en la regulación de los cuerpos procesales contencioso administrativo¹⁷⁰ y tributario¹⁷¹ de nuestro país.

Sobre el tema, el eximio jurista ecuatoriano José Vicente Troya, al tratar sobre la naturaleza del proceso contencioso tributario, realiza una exposición magistral del principio que lo gobierna, al manifestar lo siguiente:

El proceso tributario tiene una condición intermedia. Se inicia con la demanda que propone el particular en contra de la administración. En ello se asemeja al proceso civil. No cabe que el proceso tributario se instaure oficiosamente. En cuanto al trámite este puede proseguir por impulso de las partes o de oficio. Así lo prevén varias disposiciones del Código Tributario. El Art. 261 que se refiere a la falta de contestación de la demanda, ordena que se concederá oficiosamente el término de prueba. El Art. 277 dispone que

¹⁶⁷ Velázquez Baquerizo, *La Nueva justicia administrativa*, 51.

¹⁶⁸ López Jácome y López Pozo, *Guía del procedimiento*, 26–7.

¹⁶⁹ Mejía Salazar, *La oralidad y los principios del procedimiento*, 40.

¹⁷⁰ Ecuador, *Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*.

¹⁷¹ Ecuador, *Código Tributario*, Decreto Supremo 1016-A, Registro Oficial No. 958, Suplemento, 23 de diciembre de 1975.

antes de sentencia podrá ordenarse pruebas de oficio. El carácter investigativo del proceso contencioso-tributario se basa en que el objeto de la litis es de orden público. El que se determine y recaude tributos en la forma y medida que establece la ley, excede del puro interés privado, pues tales ingresos sirven para financiar obras y servicios públicos y son instrumentos de política económica de gran importancia. De allí que el Tribunal en esencia, a más de resolver las cuestiones que forman parte del controvertido, debe efectuar el control de legalidad de los antecedentes y fundamentos de la resolución o actos impugnados.¹⁷²

En esta misma línea, se ha señalado que “en el proceso tributario el Tribunal Fiscal tiene que impulsar el proceso si las partes no lo hacen, y de oficio puede ordenar las pruebas que estime procedentes para el esclarecimiento de la verdad y, concretamente, para la verificación del hecho imponible y para el establecimiento de la obligación tributaria”.¹⁷³ Además de lo señalado, la jurisprudencia ha sido esclarecedora sobre la naturaleza de esta clase de procesos, como se aprecia a continuación:

El proceso contencioso tributario es cuasi oficioso. Se inicia por actividad de parte más, se prosigue de modo oficioso, según lo demuestran las disposiciones que mandan, aunque no medie petición de parte, abrir la causa a prueba si es que existen hechos que justificar; (Art. 262 del Código Tributario) permite que el juzgador tenga en cuenta pruebas que se hubieren presentado extemporáneamente (Art. 270 del Código mencionado); y, sobre todo, en conformidad con el Art. 273 inciso segundo del Código Tributario, prevé que la sentencia debe decidir los puntos que conforman la litis y además aquellos otros que tengan relación directa y comporten control de legalidad. La sentencia en materia tributaria tiene un alcance diferente de la que se emite dentro del derecho común. El controvertido no es totalmente vinculante, por lo cual los principios que rigen al proceso en el derecho común no son aplicables a plenitud al proceso tributario.¹⁷⁴

Como se puede observar, el principio cuasi oficioso que informa al Contencioso Administrativo y Tributario no es un descubrimiento de reciente data o una innovación traída con el actual Código Orgánico General de Procesos; por el contrario, se trata de materias vanguardistas en la implementación de este modelo, vista la naturaleza del objeto que tutelan y que hace insuficiente la implementación única del principio dispositivo o el de oficialidad.

Este carácter cuasi oficioso de los procesos Contencioso Administrativo y Tributario no se ha encontrado exento de intentos por reducirlo e incluso eliminarlo, debido principalmente a injerencias y presiones de carácter político. Esto ha ocurrido

¹⁷² José Vicente Troya Jaramillo, “El contencioso tributario en el Ecuador”, en *Memoria: Iras Jornadas Bolivianas de Derecho Tributario*, ed. Carlos Castañón Barrientos y Patricia Montañó Durán (La Paz: Superintendencia Tributaria General, 2008), 92.

¹⁷³ Leonardo Andrade, *Práctica Tributaria* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2000), 135.

¹⁷⁴ Ecuador, Corte Suprema de Justicia, Sala Especializada de lo Fiscal, “Sentencia”, en *Juicio n.º: 166-99*, 13 de febrero de 2006.

generalmente en gobiernos autoritarios, que, con la intencionalidad de mantener en la impunidad sus actos, han intentado enervar e incluso proscribir este principio, íntimamente ligado con la tutela de intereses generales, que van más allá del provecho individual y que contribuye a fortalecer el Estado de Derecho,¹⁷⁵ como expresión democrática del equilibrio de fuerzas entre poderes¹⁷⁶ (pesos y contrapesos). Una de sus aristas es, precisamente, el control jurisdiccional de los actos del Estado.

Siguiendo con nuestro estudio, es necesario precisar que el mismo se centrará especialmente en cuanto a la intervención del juez en relación con la acción de plena jurisdicción o subjetiva en que “las partes se encuentran en igual situación que en el juicio civil ordinario, mientras que el juez, en este caso el Tribunal Distrital, goza de una potestad más amplia para sustanciar y resolver la causa”,¹⁷⁷ ya que en cuanto a la acción de anulación, objetiva o por exceso de poder, en estricto rigor, por no tratarse de una disputa o controversia, el juez goza de reconocidas facultades inquisitivas para ejercitar el control de legalidad objetiva.¹⁷⁸

Es precisamente en la acción plena jurisdicción o subjetiva –que en realidad representa una confrontación de intereses contrapuestos– donde las facultades oficiosas en materia probatoria adquieren dimensiones significativas para la decisión del controvertido.

¹⁷⁵ Sobre el tema se ha dicho: “el ordenamiento jurídico, que es el armazón que sustenta al Estado de derecho, contempla los mecanismos jurídicos y judiciales para garantizar las prerrogativas de las personas. En caso de que alguien las vulnere, ellas pueden acudir ante un juez para que restablezca los derechos atropellados y ordene resarcir los daños causados. Dentro de este esquema es vital que quienes ejercen la judicatura gocen de absoluta independencia y estén protegidos ante todo tipo de injerencias políticas o presiones económicas. La independencia del poder judicial frente a todas las interferencias que pudieran distorsionar la recta administración de la justicia es un elemento vital de la organización política moderna. No solamente los otros poderes del Estado sino los partidos políticos, los gremios, los grupos de interés, los medios de comunicación y los ciudadanos deben abstenerse de tomar injerencia en las dirimencias judiciales, para que nada tuerza la delicada función de los jueces y tribunales”. *

*Borja, *Enciclopedia de la política*, 555.

¹⁷⁶ Sobre los mecanismos de control de la actividad de los titulares de funciones públicas, se han previsto: “-Controles preventivos y controles represivos: Los primeros son las normas y procedimientos que debe cumplir la actividad administrativa; los segundos son aquellos que se realizan como concreción de poderes jerárquicos o de tutelas, ejercidos por la misma Administración, y los que se realizan a través del ejercicio de la función jurisdiccional. - Controles indirectos (Organización administrativa, regularidad, eficiencia, control jerárquico) y controles directos (Recursos, acciones). - Control administrativo, control legislativo y control judicial”. *

* Benalcázar Guerrón, *Derecho procesal administrativo ecuatoriano*, 26.

¹⁷⁷ Velázquez Baquerizo, *La Nueva justicia administrativa*, 61.

¹⁷⁸ Sobre el principio de legalidad objetiva se ha dicho: “En este sentido Fernando Garrido Falla (2002) señala como rasgo primordial del principio de legalidad, la primacía de la Constitución y la Ley en un sentido material, lo que implica la sumisión total de la actividad administrativa al bloque de legalidad, advirtiéndose una relación inescindible con el principio de jerarquía, los cuales presiden tanto la expedición de normas de rango constitucional como legal, así como de las emanadas del Poder Ejecutivo”. *

* Morales Tobar, *Manual de derecho procesal administrativo*, 100–1.

Como mencionamos en líneas anteriores, las facultades probatorias del juez no son nuevas en nuestra legislación. Si bien los distintos cuerpos procesales en materias no penales, de manera general, han establecido facultades probatorias del juzgador, estas en muchos casos son limitadas y restringidas dada la naturaleza dispositiva del proceso.

En el caso de la materia contencioso-administrativa, la iniciativa probatoria del juez es la característica que lo distingue del resto. La razón de aquello es que el objeto del proceso contencioso administrativo no se limita únicamente a resolver disputas que tutelén derechos subjetivos del administrado; su labor trasciende además al control de legalidad de los actos de la Administración. Sobre este punto, acertadamente se ha manifestado que “a través de este recurso el Poder jurisdiccional no pretende solo decidir sobre un conflicto entre los sujetos activo y pasivo del procedimiento administrativo, sino tutelar el imperio del derecho, objetivo y subjetivo, comprometido en la resolución administrativa de la cual se recurre”.¹⁷⁹

De ahí que se haya instituido expresamente la iniciativa probatoria del juez contencioso administrativo en la ley que regulaba la materia. Específicamente, el Art. 40 de la extinta Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa¹⁸⁰ dotaba de iniciativa probatoria al juez con la finalidad de encontrar la decisión más acertada para la controversia.

Con el advenimiento del Código Orgánico General de Procesos, cuerpo procesal que unificó los procedimientos en materias no penales (incluido el contencioso administrativo) así como la expresa derogación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se podría entender que la iniciativa probatoria del juez, conferida en el Art. 40 antes mencionado, habría sido eliminada. Esta suposición, sin embargo, no es correcta.

El Capítulo II del Libro IV del Código Orgánico General de Procesos contiene los procedimientos Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo, regulando estas materias dentro del contexto de su especialidad y características propias. En el mismo encontramos el Art. 300 que define el objeto de las acciones contencioso tributaria y contencioso administrativa, cuyo texto de manera clara señala que:

tienen por objeto tutelar los derechos de toda persona y realizar el control de legalidad de los hechos, actos administrativos o contratos del sector público sujetos al derecho

¹⁷⁹ Secaira Durango, *Curso breve de derecho administrativo*, 238.

¹⁸⁰ “El Tribunal podrá también disponer, de oficio y antes de sentencia, la práctica de las pruebas que estime pertinentes para la más acertada decisión del asunto controvertido”.*

*Ecuador, *Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, art. 40.

tributario o al derecho administrativo; así como, conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico tributaria o jurídico administrativa, incluso la desviación de poder.¹⁸¹

Del contexto de la norma en mención se infieren las amplias facultades de que goza el juez contencioso administrativo en cuanto a solventar dos aspectos principales del proceso: garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva; y ejercer el control de legalidad de los actos de la Administración, lo que evidentemente supone la práctica de prueba de oficio para coadyuvar al cumplimiento de tales propósitos.

Esta amplitud de sus facultades tiene sentido si concebimos al proceso contencioso administrativo como un instrumento para combatir el ejercicio irregular, vicioso o abusivo de la función administrativa, por lo que la protección judicial en esta clase de proceso “difiere de la que el juez otorga habitualmente a un particular frente a otro”.¹⁸²

Por si esto no fuera suficiente, el Art. 313 del Código procesal antes referido, rompiendo con los esquemas convencionales del principio dispositivo y especialmente del principio de congruencia, preceptúa:

Además de los requisitos generales previstos para la sentencia, esta decidirá con claridad los puntos sobre los que se produjo la controversia y aquellos que en relación directa a los mismos comporten control de legalidad de los antecedentes o fundamentos de la resolución o acto impugnados, supliendo incluso las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho, o se aparte del criterio que aquellas atribuyan a los hechos.¹⁸³

Esta disposición legal abona a demostrar el carácter cuasi oficioso que tiene el Contencioso Administrativo en cuanto a su labor como contralor jurisdiccional de los actos de la Administración. Claramente se determina que el juez no solo debe resolver los puntos materia de litis, sino que además debe decidir sobre “aquellos que en relación directa a los mismos comporten control de legalidad de los antecedentes o fundamentos de la resolución o acto impugnado”.¹⁸⁴ Esto evidencia la naturaleza tipificante del proceso contencioso administrativo que supera las normales restricciones del juez en cuanto a la decisión del *thema decidendum*, otorgándole la facultad de actuar oficiosamente para cumplir con su labor de contralor jurisdiccional de los actos del poder público. Al respecto, la doctrina expone lo siguiente:

¹⁸¹ Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, art. 300.

¹⁸² Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, 113.

¹⁸³ Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, art. 313.

¹⁸⁴ *Ibíd.*

en la jurisdicción contencioso administrativa el juzgador tiene las más amplias facultades para analizar y pronunciarse sobre la resolución pública, más allá incluso de los argumentos del recurrente y de la entidad administrativa, a fin de determinar el grado de observancia de la norma positiva por parte de la administración y decidir sobre el objetivo valor jurídico del acto motivo del fallo, llegando incluso a ordenar reparaciones (según el recurso de que se trate) y, en ocasiones, cuando la legislación lo permite a expedir un nuevo acto administrativo que debe ser cumplido por la administración, sustituyendo de este modo aquel viciado de ilegalidad.¹⁸⁵

Para resolver la causa y de esta manera también ejercer control jurisdiccional de los actos de la Administración, el juez contencioso administrativo puede servirse de las pruebas para mejor proveer previstas en el Art. 168 del Código Orgánico General de Procesos. Por ello, se puede concluir que la iniciativa probatoria del juez en esta clase de proceso se encuentra vigente y que por el contrario ha merecido un desarrollo legislativo acorde a su verdadera naturaleza.

9. La implementación práctica de la iniciativa probatoria del juez en el proceso contencioso administrativo

A pesar de la contundencia de los argumentos expuestos, ha sido escasa la activación de la iniciativa probatoria del juez para ejercer el control de legalidad sobre los actos del poder público. Pueden existir varias razones para aquello. Una de ellas podría ser la formación académica de los jueces cimentada en principios y nociones del derecho procesal común inspirados a su vez en valores privatistas que muchas veces son insuficientes o incompatibles con la materia contencioso-administrativa. En este sentido, es importante destacar que, en esta materia, el juzgador “debe actuar como juez de la gestión pública y no como juez de un simple litigio”.¹⁸⁶ Lo que de modo alguno implica que la labor jurisdiccional se confunda o sustituya los actos de la Administración, pues su cometido únicamente es verificar que los actos impugnados no sean producto de la actividad irregular, viciada o abusiva de la función administrativa, así como resolver las pretensiones que fueran objeto de la litis. En este marco, apropiadamente se manifiesta:

Los casos procesales administrativos tienen por finalidad primaria verificar la legitimidad del obrar administrativo (estatal y no estatal) y de todos los órganos estatales (ejecutivo, legislativo y judicial). Es el control judicial de legitimidad. El concepto de ilegitimidad comprende todo tipo de vicios que puedan afectar al acto, sea en su competencia, objeto, voluntad, procedimiento, forma. Igualmente quedan comprendidos los vicios relativos al

¹⁸⁵ Secaira Durango, *Curso breve de derecho administrativo*, 239.

¹⁸⁶ Fiorini, *Qué es el contencioso*, 280.

fin o a la causa del acto, como son la desviación, abuso o exceso de poder, arbitrariedad y violación de los principios generales del derecho.¹⁸⁷

Por ello, la implementación efectiva de la iniciativa probatoria exige jueces especializados en esta materia, acompañada de una visión que trascienda las bases del derecho procesal de raigambre privativista, pues como bien se ha dicho: “La especialidad, en este caso, además de representar una cuestión de distribución específica del trabajo, distingue también un estado de conciencia jurídica publicista que insufla distintos valores y crea una técnica interpretativa diferente a la de los órganos judiciales que actúan en litigios de derecho privado”.¹⁸⁸

De ahí que la especialidad en esta rama del derecho es una herramienta necesaria para que los operadores de justicia puedan ejercer las facultades oficiosas que les permitan materializar el derecho a la tutela judicial efectiva y fundamentalmente cumplir con su función contralora de la actividad administrativa.

Dicho sea de paso, esta iniciativa probatoria del juez contencioso administrativo, si bien es aplicable a cualquier asunto de esta materia, merece especial énfasis en cuanto a la impugnación de actos administrativos sancionatorios, visto el carácter hegemónico del *ius puniendi estatal*¹⁸⁹ y la gama de derechos que se pueden vulnerar por su abuso. Incluso debe activarse en temas de contratación pública, aun cuando estos últimos participan de ciertas reglas del derecho privado, el control de legalidad deberá efectuarse en aquellos aspectos que estén gobernados por el Derecho Público.

No obstante, en la práctica los jueces no suelen hacer uso de esta potestad, herramienta poderosa de control jurisdiccional de la facultad administrativa, a pesar de la sensibilidad de los temas en disputa; con esta omisión, por ende, provocan la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. De ahí que la especialidad pueda brindar seguridad al juzgador sobre aquellos asuntos que merecen una intervención más activa de su parte, concretamente en el ámbito probatorio.

¹⁸⁷ Dromi, *Derecho administrativo*, 970.

¹⁸⁸ *Ibíd.*, 281.

¹⁸⁹ “El mismo *ius puniendi* del Estado puede manifestarse, pues [...] tanto por la vía judicial penal como por la vía administrativa. Esto último supone –y esto es esencial– que el juez no interviene más que eventualmente y *a posteriori*, por la vía común del recurso contencioso-administrativo, y esto mismo ya fue un progreso [...]. Las sanciones administrativas inicialmente no eran ni siquiera recurribles, ya lo hemos indicado, como expresión de la esencia misma de un poder político puramente discrecional en su ejercicio. Más tarde se reordenaron las ideas y se comprendió que no había sanción discrecional posible, por la necesidad de su previsión legal y por su referencia necesaria a un supuesto de hecho específico”.*

* García de Enterría y Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 152–53.

Otro factor determinante en la actuación pasiva de los jueces en cuanto a la implementación efectiva de la iniciativa probatoria tiene directa relación con la ubicación de la justicia contencioso-administrativa a lo largo de la historia. Un rezago del caduco modelo francés genera en los jueces la falsa idea de que el contencioso administrativo es un “recurso” jurisdiccional de los actos de la Administración, por lo que su labor sería exclusivamente revisora y no tutelar. Parecería ser que soslayan considerar el objeto de la justicia contencioso-administrativa, instituida como herramienta de defensa jurisdiccional instituida a favor del administrado frente a los actos ilegales, írritos, arbitrarios o abusivos del poder público. En este sentido se señala que: “el juez, en materia administrativa, debe extremar su cuidado en proteger los derechos del administrado frente a la administración; y esto es muy importante recordarlo, pues ‘Los jueces de esos tribunales parecerían olvidar que tal tipo de jurisdicción se implanta, no para proteger al Estado contra el individuo, sino al individuo contra el Estado’”.¹⁹⁰

En suma, estimamos que la especialización del juez en esta materia, así como el conocimiento claro e indudable del objeto que tutela la justicia contencioso-administrativa, puede generar una evolución positiva en relación con la articulación de la potestad probatoria del juzgador, quien siempre debe tener clara su misión y fundamentalmente no debe olvidar que “el recurso contencioso administrativo [no es] un juicio o conflicto típico en los términos procesales ordinarios; sino una vía jurisdiccional contralora de legalidad de las decisiones administrativas”.¹⁹¹ Por ello, la actuación del juez contencioso administrativo rebasa las facultades que ordinariamente tienen sus pares en otras materias, vista la naturaleza del contencioso administrativo como instrumento de tutela jurisdiccional del administrado y control de los actos de la Administración.

10. Crítica sobre la inserción del contencioso administrativo en el Código Orgánico General de Procesos

Uno de los temas, que más controversia ha generado en el foro jurídico, tiene que ver con la inserción del contencioso administrativo –y de paso el contencioso tributario– dentro del Código Orgánico General de Procesos, cuerpo procesal diseñado específicamente para el contencioso civil.

¹⁹⁰ Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, 113.

¹⁹¹ Secaira Durango, *Curso breve de derecho administrativo*, 238.

Un sector de la doctrina considera inconveniente tal incorporación. En este sentido, se ha dicho que “caracterizar exclusivamente con el principio dispositivo a materias como la contencioso administrativa, contencioso tributaria, laboral y de familia no se ajusta al debido juzgamiento que ellas ameritan, donde una conjunción de lo dispositivo con lo oficioso han matizado comúnmente el modelo de juzgamiento de este tipo de materias”.¹⁹²

Otros criterios estiman conveniente tal inserción, al señalar que “los procesos contencioso-administrativo y tributario pueden llevarse a efecto mediante un sistema oral y este en nada es incompatible con dichos procesos. Lo importante es que el sistema oral se acomode a la función que cumplen dichos procesos y se adecúe a las propiedades que los hacen especiales”.¹⁹³

Más allá de posiciones doctrinales, lo cierto es que el proceso contencioso administrativo se guía por el principio *cuasi oficioso*, lo que evidentemente provoca que entre en colisión con varias disposiciones esencialmente dispositivas contenidas en el Código Orgánico General de Procesos, que contrarían su particular naturaleza. Al respecto y como muestra de lo expuesto, es necesario abordar las figuras procesales relacionadas con la capacidad de disposición de las partes en el proceso.

Se evidencia que figuras como el desistimiento o la transacción, muy difícilmente, pueden llegar a operar en contiendas de las que sea parte el Estado, especialmente en el Contencioso Administrativo que “trasciende la órbita de lo individual y alcanza el ámbito de lo colectivo”.¹⁹⁴

Acorde con lo mencionado, la misma normativa legal genera un esquema de cortapisas para lograr este cometido: el Art. 12 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado¹⁹⁵ condiciona la posibilidad de alcanzar la transacción o desistimiento

¹⁹² Mejía Salazar, *La oralidad y los principios del procedimiento*, 154.

¹⁹³ Juan Carlos Benalcázar Guerrón, “El Proceso Contencioso Administrativo en el Código Orgánico General de Procesos”, *Ius Humani. Law Journal* 5 (31 de diciembre de 2016): 280, doi:10.31207/ih.v5i0.117.

¹⁹⁴ Benalcázar Guerrón, *Derecho procesal administrativo ecuatoriano*, 180.

¹⁹⁵ “Art. 12.- De la transacción y el desistimiento.- Los organismos y entidades del sector público, con personería jurídica, podrán transigir o desistir del pleito, en las causas en las que intervienen como actor o demandado, para lo cual deberán previamente obtener la autorización del Procurador General del Estado, cuando la cuantía de la controversia sea indeterminada o superior a veinte mil dólares de los Estados Unidos de América. Los organismos del régimen seccional autónomo no requerirán dicha autorización, pero se someterán a las formalidades establecidas en las respectivas leyes. En los organismos y entidades del sector público que carezcan de personería jurídica, el Procurador General del Estado está facultado para transigir o desistir del pleito, en las causas en las que intervinieren como actor o demandado, en representación de dichos organismos y entidades, siempre y cuando dichas actuaciones se produzcan en defensa del patrimonio nacional y del interés público”.*

en procesos en los que intervengan instituciones públicas, a la obtención previa de la autorización del Procurador General del Estado, siempre que sea “en defensa del patrimonio nacional y del interés público” como requisito *sine qua non* para lograr tal dispensa. Esta previsión es casi utópica en su realización, tomando en cuenta las responsabilidades que esta clase de autorización puede comportar.

Como se puede observar, esta ambigüedad e indeterminación normativa, ciertamente restrictiva, provoca que sean contadísimas las ocasiones en las que, efectivamente, se pueda lograr la transacción o desistimiento en el proceso contencioso administrativo. Algo similar ocurre con la derivación a mediación que también requiere de dicha autorización.¹⁹⁶

En suma, estas formas extraordinarias de terminación del proceso —que en muchas ocasiones pueden ser beneficiosas para los conflictos entre particulares— naufragan y claudican cuando se trata del Contencioso Administrativo, y devienen en mecanismos inocuos y meramente declarativos.

En igual sentido, formas procesales nóveles como el *retiro de la demanda*¹⁹⁷ son particularmente difíciles de concretar en materia contenciosa administrativa, en virtud del interés general que prima en las pretensiones contenidas en las demandas formuladas por las instituciones públicas, cuando el Estado actúa como demandante.

Además de las conocidas atenuaciones al principio dispositivo inherentes a la iniciativa probatoria y la congruencia de los fallos en el proceso contencioso administrativo, que han sido ampliamente expuestas en este trabajo, merece una mención especial la figura del *abandono*. Esta forma procesal hasta hace poco era absolutamente aplicable para los juicios contencioso administrativos; sin embargo, a partir de la promulgación de las últimas reformas introducidas en el Código Orgánico General de

* Ecuador, *Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado*, Registro Oficial 312, 13 de abril de 2004.

¹⁹⁶ “Art. 11.- Del arbitraje y la mediación.- Los organismos y entidades del sector público podrán someterse a procedimientos de arbitraje de derecho y a la mediación nacional o internacional, de acuerdo a lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación, o en instrumentos internacionales que los faculte, previa la suscripción del respectivo convenio. Surgida la controversia, los organismos y entidades del sector público pueden someterse a arbitraje de derecho o mediación, de conformidad con las leyes pertinentes. Para someterse al arbitraje internacional requerirán además la autorización de la Procuraduría General del Estado”.*

* Ecuador, *Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado*.

¹⁹⁷ “Art. 236.- Retiro de la demanda. La parte actora podrá retirar su demanda antes que esta haya sido citada, en este caso la o el juzgador ordenará su archivo. El retiro de la demanda vuelve las cosas al estado en que tenían antes de haberla propuesto, pudiendo la parte actora ejercer una nueva acción. La demanda deberá ser devuelta aún sin estar calificada, por lo que la petición de retiro será despachada en primer lugar. La misma demanda podrá ser retirada hasta un máximo de dos ocasiones”.*

* Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*.

Procesos,¹⁹⁸ se ha establecido la improcedencia del abandono en las acciones de plena jurisdicción o subjetivas,¹⁹⁹ lo que da un giro al tradicional tratamiento que se ha hecho con esta clase de acciones. De paso, debemos reconocer la apertura del legislador por conceder un tratamiento diferenciado a determinadas materias (niñez, adultos mayores, laboral) a las que no es aconsejable aplicar formas procesales dispositivas como el abandono, vista la naturaleza de los derechos que tutelan.

En síntesis, consideramos que las reglas dispositivas que rigen el Código Orgánico General de Procesos, ciertamente, afectan la naturaleza cuasi oficiosa del proceso contencioso administrativo. No obstante, no somos partidarios de excluirlo de este cuerpo procesal. La labor legislativa debe enfocarse en respetar y robustecer la naturaleza de esta clase de proceso, para regular de mejor manera la conveniencia o no de aplicar figuras dispositivas que pueden contrariarlo o enervarlo.

Esta posibilidad no es una tarea imposible de lograr, pues, como ha ocurrido con el *abandono*, es cuestión de armonizar de mejor manera las disposiciones dispositivas que vayan a aplicarse a esta materia, respetando el principio cuasi oficioso que impera en este.

¹⁹⁸ Ecuador, *Reformas al Código Orgánico General de Procesos*, Registro Oficial 517, Suplemento, 26 de junio de 2019.

¹⁹⁹ “Art. 247.- Improcedencia del abandono. No cabe el abandono en los siguientes casos: 1. En las causas en las que estén involucrados los derechos de las niñas, niños y adolescentes, incapaces, adultos mayores y personas con discapacidad. 2. En las causas en las que estén involucrados derechos laborales de los trabajadores. 3. En los procesos de carácter voluntario. 4. En las acciones subjetivas contenciosas administrativas. 5. En la etapa de ejecución”.*

*Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*.

Capítulo tercero

El principio dispositivo frente a la prueba de oficio en el proceso contencioso administrativo

1. El principio dispositivo y la prueba de oficio en el proceso contencioso administrativo: una aparente contradicción

La estructuración de los distintos sistemas procesales se cimenta en principios que influyen en su desarrollo y evolución. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el principio dispositivo ha estado presente desde antaño, teniendo un marcado predominio especialmente en materias no penales, debido en gran medida a la influencia de los ideales liberales de la Revolución francesa que fueron incorporadas a las nóveles repúblicas latinoamericanas a partir de sus procesos independentistas.

De ahí que “Siendo el individualismo el criterio filosófico, político y económico imperante no es de extrañar que se concibiera al proceso civil judicial como una cuestión privada, que solo interesaba a los litigantes que concurrían a la resolución de su disputa”.²⁰⁰ Si se parte de que el proceso es un asunto de incumbencia exclusiva de los litigantes, el espectro de facultades de ordenación y disposición de que gozan es amplísimo, lo que explica la posición pasiva del juzgador con una mínima participación en el desenvolvimiento de la contienda.

Esta concepción clásica del proceso permaneció incólume durante larga data. No obstante, el desarrollo e innovación constante de las instituciones jurídicas ha generado un replanteamiento de los sistemas procesales, morigerando las visiones más extremas de los mismos. Con categoría se puede sostener hoy en día que “el proceso civil ya dejó de ser un asunto de exclusiva incumbencia de las partes en conflicto; hoy por hoy, el proceso civil ha pasado a ser una actividad pública”.²⁰¹ Una de las razones principales para sustentar esta posición es que toda contienda –por muy privada que parezca– se inicia a partir del ejercicio del derecho de acción que, a su vez, conlleva la activación del derecho constitucional de acceder al órgano jurisdiccional a fin de que resuelva los conflictos de

²⁰⁰ Hunter Ampuero, “El Principio Dispositivo”, 151.

²⁰¹ Simons Pino, “Poderes jurisdiccionales”, 818.

las personas y, de esta manera, se logre armonía y paz social. Esto, en nuestra legislación constitucional, se denomina *derecho a la tutela judicial efectiva* y, efectivamente, supera la arcaica idea del proceso como asunto de índole privada para incardinarse como instrumento para lograr y mantener el orden social.

Venciendo las taras y limitaciones que históricamente han afectado la implementación efectiva del sistema procesal como medio para lograr la Justicia, encontramos que el principio dispositivo ocupa una posición estelar en este designio.

Partimos del sistema preponderantemente escrito, plagado de matices discordantes con el sentido de Justicia: impersonal, lento, secreto, incidentado. En este modelo –que pervivió muchísimo tiempo en nuestro país–, el principio dispositivo tuvo fuerte repercusión, dejando pocas oportunidades para la actuación oficiosa del juzgador. Los resultados en la práctica no fueron muy alentadores, por lo que se generó la necesidad de establecer un nuevo sistema procesal más ágil, cercano, garantista, armónico con la dinámica social contemporánea.

Dentro de este contexto, encontramos que la justicia contencioso-administrativa participó en gran medida de las deficiencias anotadas en el párrafo precedente. Su tardía evolución y la fuerte influencia de los principios propios del derecho procesal común,²⁰² confabularon en su contra. Muestra de ello son las innumerables causas por resolver que hasta la actualidad no han sido atendidas por los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo de nuestro país. Esto ha sido provocado en gran medida por el obsoleto sistema escrito presente tanto en la extinta Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa como en el Código de Procedimiento Civil, este último como norma supletoria.

Como punto de referencia necesario para nuestro estudio, hace más de una década, a través de la constitucionalización del principio dispositivo²⁰³ y su posterior inclusión en el Código Orgánico de la Función Judicial,²⁰⁴ se generó la falsa percepción de que los procesos deben sustanciarse sujetándose a dicho principio de manera absoluta, como si se tratara de una camisa de fuerza. Esta formulación no es correcta.

²⁰² “El conocimiento especial que es siempre el que puede construir, crear y elaborar con perfección los huecos jurídicos dudosos o huérfanos de normas positivas, se resuelve en esta forma, a través de la norma supletoria de la ley procesal común. Esta subsidiariedad de la ley del procedimiento común inhibe el vuelo constructivo de la creación interpretativa, con los nuevos valores de bien común que presenta la actividad administrativa moderna”. *

* Fiorini, *Qué es el contencioso*, 281.

²⁰³ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 168, núm. 6.

²⁰⁴ Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, art. 18.

A lo largo de este trabajo hemos manifestado que no existe la aplicación pura de un determinado sistema procesal. También hemos insistido que es más adecuado referirse al predominio de un sistema procesal específico, por ejemplo, aquel sustentado en el principio dispositivo. Por lo tanto, la proclamación de este principio como rector de todos los procesos en nuestro ordenamiento jurídico nacional, de modo alguno excluye la posibilidad de implementar figuras inspiradas en otros sistemas, las que en todo caso tendrán carácter excepcional. Esta aclaración es importante si abordamos el carácter cuasi oficioso del proceso contencioso administrativo. Este viene a constituir una muestra clara de cómo un sistema eminentemente dispositivo puede tener matices que atenúan su aplicación absoluta.

Con el reconocimiento constitucional de la oralidad como sistema aplicable a todos los procedimientos, la situación del proceso contencioso administrativo ha dado un giro importante en cuanto a su articulación. Posteriormente, el advenimiento del sistema oral adversarial instituido en el Código Orgánico General de Procesos trajo consigo el reforzamiento del principio dispositivo, por lo que la naturaleza cuasi oficiosa del contencioso administrativo tuvo que adecuarse a esta nueva realidad procesal. Es en esta parte donde parece presentarse una aparente contradicción entre el principio dispositivo y la facultad probatoria oficiosa del juez contencioso administrativo.

En primer término, se debe tener presente que el proceso contencioso administrativo se distingue de los demás por el objeto que tutela. Su diseño en buena medida dista de los componentes tradicionales de una contienda tipo. Esto por cuanto su objeto tiene un doble propósito: por un lado, resuelve las pretensiones fijadas por las partes como objeto de la litis y de esta manera garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva; y, por otro lado, realiza control de legalidad de los actos de la Administración.

Sobre este segundo aspecto, es donde el proceso contencioso administrativo se aparta de las normas dispositivas que regularmente se aplican al resto de procesos. Concebido como un mecanismo de defensa del administrado y verificación del imperio del Derecho, esta clase de proceso no se agota en la solución de una contienda; conlleva además el examen sobre la regularidad de los actos del Poder Público. Para lograr tal cometido, el juez contencioso administrativo no está sujeto a reglas dispositivas, pues más allá de la voluntad de las partes, su capacidad de disposición, la congruencia del fallo y otros aspectos similares, su misión es controlar la actividad administrativa del Estado, pudiendo obrar oficiosamente para el efecto.

Es precisamente en este escenario que el juez contencioso administrativo ejerce tutela jurisdiccional final de las actuaciones administrativas. Para cumplir con este designio, el propio Código Orgánico General de Procesos ha ampliado sus facultades jurisdiccionales concediéndole iniciativa probatoria²⁰⁵ y permitiéndole rebasar las usuales restricciones provenientes de la congruencia de los fallos,²⁰⁶ sin que se trate de una concesión arbitraria del legislador, ya que tiene como única finalidad facilitar la precitada función contralora a cargo del Tribunal Contencioso Administrativo.

A lo dicho debemos añadir que la iniciativa probatoria del juez contencioso administrativo se torna absolutamente necesaria, si consideramos que, previamente a la emisión del acto impugnado en sede jurisdiccional, la Administración Pública instauró un procedimiento donde gozó de varios privilegios propios de la autotutela administrativa.²⁰⁷ Así, se generó una situación jurídica de desigualdad entre el órgano administrativo y el administrado y que en varios casos puede desembocar en abusos debido a esta situación de preponderancia a favor de la Administración Pública.²⁰⁸

Por ello, se hace indispensable que el juez contencioso administrativo, en ejercicio de la *tutela jurisdiccional final*, cumpla con dos aspectos esenciales: por un lado, garantice la posición de la Administración y el administrado, ahora litigantes, en condiciones de igualdad procesal, verificando de esta forma el debido proceso; y, por otro lado, ordene y practique pruebas, aun de manera oficiosa, para verificar la legalidad de las actuaciones del órgano administrativo, tanto en la sustanciación del procedimiento administrativo previo como en la resolución o acto final que se haya adoptado.

De lo dicho, podemos afirmar de manera categórica que no existe contradicción entre el principio dispositivo y la prueba de oficio en el proceso contencioso administrativo, considerando la naturaleza especial de este último, diseñado como

²⁰⁵ Ecuador, Código Orgánico General de Procesos, art. 168.

²⁰⁶ *Ibíd.*, art. 313.

²⁰⁷ “La posición jurídica de la administración en su relación con la justicia viene determinada por su formidable privilegio de autotutela, esto es, la capacidad de innovar ejecutoriamente en las relaciones jurídicas de que es parte y de imponer sus decisiones frente a pretensiones o resistencias contrarias. Este principio estrictamente técnico, arbitrado desde luego para asegurar la mejor gestión de los servicios públicos, el que explica toda la peculiaridad de la justicia contencioso-administrativa respecto a la que se presta por los demás órdenes jurisdiccionales”.*

* García de Enterría y Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 574–75.

²⁰⁸ Al respecto y con atinada razón se ha dicho que “El órgano administrativo cuando es juzgador es parcial, por ser interesada, sujeto a órdenes e instrucciones. La Administración carece del presupuesto político-jurídico que da razón de esencia y justificación de existencia al Poder Judicial: la independencia. El órgano administrativo no puede ser equiparado a un tribunal de justicia. El Poder Ejecutivo no puede sustituir a los jueces”.*

* Dromi, *Derecho administrativo*, 181.

mecanismo jurisdiccional de control de la actividad administrativa, cuya esencia se liga estrechamente al imperio del Derecho como valor y limitación en todas las actuaciones de los órganos públicos. De esta forma, promueve una adecuada interrelación de control entre los distintos poderes del Estado de Derechos y Justicia, y cumple con una de sus principales consignas: que ningún acto del poder público puede quedar fuera del control jurisdiccional y que, para lograrlo, el juez especializado en materia contencioso administrativa, abriéndose camino en el sistema oral adversarial, esencialmente dispositivo, pueda practicar prueba de oficio a fin de cumplir con este cometido.

2. Complementariedad entre el principio dispositivo y la prueba de oficio en el proceso contencioso administrativo

El carácter cuasi oficioso del proceso contencioso administrativo armoniza perfectamente con el sistema de justicia oral adversarial eminentemente dispositivo, no solo porque a través de este se materializa el derecho a la tutela judicial efectiva instaurado a favor del administrado, sino principalmente porque cumple con la tarea de fiscalizar jurisdiccionalmente la actividad administrativa del Estado.

En un Estado democrático es absolutamente legítimo que la actividad administrativa sea controlada por las otras funciones del Estado. De modo general se puede afirmar que:

Junto a los controles parlamentarios tradicionales o a los derivados de las nuevas realidades administrativas, encontramos como control horizontal interorgánico, los controles jurisdiccionales del proceso administrativo o contencioso administrativo, encargados de fiscalizar la arbitrariedad y los excesos del poder, tutelando los derechos subjetivos de los particulares.²⁰⁹

Es por ello que el propio texto constitucional ha establecido de manera contundente que los actos de cualquier autoridad del Estado puedan ser impugnados tanto en vía administrativa como en vía judicial.²¹⁰ En el mismo sentido, se ha instituido en el Código Orgánico de la Función Judicial el principio de impugnabilidad en sede judicial de los actos de la Administración²¹¹ que franquea la posibilidad de impugnar los actos

²⁰⁹ *Ibíd.*, 794.

²¹⁰ “Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”.*

* Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 173.

²¹¹ “Las resoluciones dictadas dentro de un procedimiento por otras autoridades e instituciones del Estado, distintas de las expedidas por quienes ejercen jurisdicción, en que se reconozcan, declaren,

expedidos en ejercicio de la función administrativa, ante el órgano jurisdiccional competente.

No obstante, para que pueda efectuarse esta impugnación en vía judicial, es indispensable que el administrado siga varias de las reglas dispositivas previstas en el Código Orgánico General de Procesos. En efecto, para que pueda activarse la justicia contencioso administrativa, es requisito ineluctable la interposición de demanda.²¹² Esto significa que el órgano contencioso administrativo no ejerce tutela jurisdiccional de oficio.²¹³ Acertadamente se afirma que “para que el órgano administrativo o judicial en su caso, entre a analizar el fondo de la pretensión es imperativo que la acción haya sido deducida por la persona legitimada activamente en contra de la persona pasivamente legitimada”.²¹⁴ Con ello se evidencia que la justicia contencioso administrativa siempre es rogada. Este es uno de los aspectos que permiten apreciar en todo su esplendor cómo interactúa el principio dispositivo en el contencioso administrativo, el cual siempre principiará por excitativa particular.

En relación con lo mencionado, también debemos referirnos a la capacidad de disposición de que gozan las partes en el proceso contencioso administrativo. En esta clase de juicio es perfectamente viable, cumpliendo los requisitos generales y específicos de cada caso, que la contienda pueda terminar a través de prerrogativas procesales propias del sistema dispositivo, tales como el retiro de la demanda, desistimiento, abandono, conciliación, transacción, entre otras formas extraordinarias de culminación del mismo. Esto trae como consecuencia que el órgano jurisdiccional se vea impedido de ejercer su facultad contralora de legalidad que se materializa en la sentencia de fondo.

establezcan, restrinjan o supriman derechos, no son decisiones jurisdiccionales; constituyen actos de la Administración Pública o Tributaria, impugnables en sede jurisdiccional”.*

* Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, art. 31.

²¹² “Requisitos de la demanda. Cuando se trate de procesos contencioso tributarios y contencioso administrativos, además de cumplir los requisitos previstos para la demanda en las normas generales de este Código, se adjuntará la copia de la resolución, del acto administrativo, del contrato o disposición impugnados, con la razón de la fecha de su notificación a la o al interesado y la relación circunstanciada del acto o hecho impugnado. En ningún caso se archivará la demanda una vez que el legitimado activo haya presentado el escrito con la aclaración y completado el respectivo libelo”.*

* Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, art. 308.

²¹³ A diferencia de lo que ocurre en la impugnación judicial de los actos de la Administración que siempre se origina por demanda, en sede administrativa, el propio órgano administrativo puede revisar de oficio sus actos e incluso puede revocarlos, pues como bien se ha dicho “la doctrina y la legislación permiten que estas revisiones administrativas se produzcan aun de oficio”.* Una muestra evidente de esta facultad la encontramos en la denominada revisión de oficio** prevista como facultad de autotutela de legalidad en el Código Orgánico Administrativo.

* Secaira Durango, *Curso breve de derecho administrativo*, 236.

** Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, art. 132.

²¹⁴ Morales Tobar, *Manual de derecho procesal administrativo*, 497.

El empleo de estos actos de disposición de modo alguno afecta la naturaleza *sui generis* del proceso contencioso administrativo, pues, al tratarse de un litigio, es perfectamente comprensible que los contendientes gocen de estas atribuciones que podrán utilizar según mejor convenga a su estrategia en juicio, ya que, según las circunstancias particulares de cada caso, podría incluso ser más beneficioso que obtener sentencia de fondo.

En coexistencia con las notas dispositivas antes mencionadas, la otra faz del proceso contencioso administrativo tiene relación con el reconocimiento y ejercicio de facultades oficiosas del juez que se manifiestan en dos formas plenamente identificadas: en la práctica de prueba y en la sentencia.

En cuanto a la aportación y práctica del material probatorio, hemos sido enfáticos en reconocer la iniciativa probatoria del juzgador, siempre que con ello no afecte su imparcialidad y el derecho a la defensa de las partes. Además de que su empleo tenga como finalidad el control de legalidad de la actividad administrativa.

En lo atinente a la sentencia, el juez contencioso administrativo se encuentra facultado para emitir su decisión más allá de los puntos fijados por las partes como objeto de la litis, siempre que se trate de asuntos que comporten control de legalidad de la actuación administrativa. Se debe recordar que esta clase de proceso “no defiende los meros intereses de los administrados por más legítimos que puedan ser”,²¹⁵ ya que su cometido primordial es la verificación del imperio del Derecho en los actos de la Administración Pública.

La casuística es una forma adecuada de evidenciar lo que hemos manifestado a lo largo de este trabajo. Así, en el Juicio No. 17811-2018-00195²¹⁶ seguido en el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, los jueces ordenaron como prueba de oficio la obtención del Reglamento de Consejos de los Oficiales Generales o Almirantes de Fuerzas Armadas y sus Anexos, por tratarse de un cuerpo normativo que no se encontraba publicado en el Registro Oficial y, por lo tanto, era de difícil obtención para el accionante, cuyo contenido era esencial para resolver el caso en mención. Asimismo, en el Juicio No. 17811-2017-

²¹⁵ Secaira Durango, *Curso breve de derecho administrativo*, 255.

²¹⁶ Ecuador Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha. “Sentencia”, en *Juicio n.º: 17811-2018-00195*, 27 de julio de 2020.

00062²¹⁷ tramitado en el mismo Tribunal, en un interesante voto salvado, los jueces ordenaron como prueba de oficio la incorporación del documento denominado “Resultados individuales del proceso de evaluación y calificación y selección para el personal del banco de desarrollo del Ecuador B.P.” cuya emisión se habría producido con posterioridad a la expedición del informe técnico y acción de personal impugnados, cuyo contenido tenía directa injerencia con los argumentos que justificaban la desvinculación del servidor público por no superar la evaluación de desempeño.

Como se puede apreciar con los ejemplos citados, la facultad probatoria del juez contencioso administrativo adquiere importancia superlativa al momento de revisar la legalidad de los actos de la Administración, ya que a través de esta se puede verificar si sus actuaciones se enmarcaron en la Ley o si, por el contrario, son irregulares o se encuentran viciadas.

En suma, revisado el diseño y articulación del proceso contencioso administrativo, encontramos que en el mismo se complementan facultades dispositivas propias de los juicios sujetos al sistema oral adversarial preconizado en el Código Orgánico General de Procesos, con aquellas facultades oficiosas previstas específicamente para esta clase de proceso y que, por tener carácter excepcional, el legislador las ha establecido expresamente a fin de que no se confundan con la generalidad dispositiva que predomina nuestro sistema de justicia en materias no penales.

²¹⁷ Ecuador Tribunal Distrital de los Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha. “Sentencia”, en *Juicio n.º: 17811-2017-00062*, 26 de marzo de 2018.

Conclusiones

En la práctica cotidiana del ejercicio y la aplicación del Derecho, es frecuente encontrarnos con aparentes disyuntivas que originan un profundo debate en el ámbito académico y que tienen injerencia directa en el desarrollo y resolución de las contiendas llevadas a las Cortes de Justicia.

La razón de estas aparentes contradicciones tal vez se encuentre en la constante dinámica del Derecho, así como en el desarrollo y evolución constante de sus instituciones. En otras palabras, el carácter dialéctico de las ciencias jurídicas provoca que determinados asuntos –en apariencia contrapuestos– sean abordados por los juristas con la finalidad de precisar su alcance, armonizar su contenido y viabilizar su efectiva aplicación.

En este contexto, partimos por exponer la aparente contradicción entre el principio dispositivo y la prueba de oficio en el proceso contencioso administrativo, asunto de relevancia tanto para el foro de abogados como para los operadores de justicia en esta materia. No se trata de un asunto menor, ya que dicha problemática ha generado un amplio debate en cuanto a las facultades oficiosas del juez en un proceso dominado por reglas dispositivas.

Al desarrollar el primer capítulo, nos remontamos al origen embrionario del sistema dispositivo y el contexto histórico e ideológico en el que se fecundó. A continuación, vemos cómo dicho principio se ha ido expandiendo e insertando progresivamente en los sistemas jurídicos de los diversos países de Latinoamérica. En nuestro país, su presencia se siente con especial fuerza desde el inicio de la República. De ahí en adelante existe un marcado predominio de las reglas que componen el principio dispositivo especialmente en materias no penales, dejando un reducido espacio para las facultades oficiosas del juzgador.

Este mismo fenómeno se presenta en el proceso contencioso administrativo, tributario de los sistemas francés y español, precursores en esta materia. En este entorno, ubicamos al contencioso administrativo como herramienta jurídica de tutela de derechos del ciudadano frente al Estado, articulado en un inicio a través de un sistema eminentemente escriturario hasta ubicarse en el sistema de justicia oral adversarial actual, pero siempre dominado por la fuerza de las reglas del principio dispositivo.

En el segundo capítulo, abordamos el fenómeno jurídico de la prueba de oficio, partiendo del procedimiento escriturario dispositivo y la reducida posibilidad de que el juez pueda actuar prueba oficiosamente. Se evidencia un espectro mínimo de facultades probatorias del juez, sin que, por ello, se vea totalmente desprovisto de participación en la producción probatoria, pudiendo ejercer las denominadas diligencias para mejor proveer, que en todo caso tienen carácter excepcional.

Posteriormente y con el advenimiento del sistema de justicia oral adversarial presente en el Código Orgánico General de Procesos, el proceso contencioso administrativo adquiere su propia regulación dada la naturaleza *sui generis* de los conflictos que resuelve, en los que una de las partes siempre es el Estado. Así, en su labor de contralor jurisdiccional de los actos de la Administración Pública, el juez contencioso administrativo no solo puede actuar prueba de oficio para revisar la regularidad de los actos administrativos, sino que además puede resolver sobre ello en su sentencia, superando las usuales restricciones que conlleva la congruencia del fallo.

Finalmente, en el tercer capítulo, desvirtuamos rotundamente la aparente contradicción que se podría producir entre el principio dispositivo y la prueba de oficio, considerando el carácter cuasi oficioso del proceso contencioso administrativo, cuya finalidad va más allá de tutelar los derechos e intereses del administrado. Su misión principal es la verificación del imperio del Derecho en las actuaciones del Poder Público, lo que provoca que, en esta clase de proceso, a pesar de ceñirse a reglas mayoritariamente dispositivas, se estime procedente la iniciativa probatoria del juzgador para lograr dicho cometido.

Descartada la posibilidad de contradicción, lo que se ha podido verificar en este trabajo es la complementariedad que existe entre las reglas dispositivas y la facultad probatoria del juez contencioso administrativo como herramientas para cumplir con su facultad contralora de la actividad administrativa del Estado. Este ejercicio a su vez coadyuva al fortalecimiento de la estructura democrática en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, al prever la erradicación por vía judicial, de aquellas actuaciones ilegales, excesivas o abusivas de los órganos que ejercen funciones públicas.

Bibliografía

- Aguirre Guzmán, Vanesa. “La iniciativa probatoria del juez en el proceso civil”. Monografía, Universidad Andina Simón Bolívar, 2005. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/7001/1/T3008-MDP-Silva-La%20iniciativa.pdf>.
- Alsina, Hugo, Gabriel Moreno Sánchez y AC (México) Asociación de Investigaciones Jurídicas. *Fundamentos de derecho procesal*. Clásicos de la teoría general del proceso. México: Jurídica Universitaria, 2001.
- Alsina, Hugo. *Juicio Ordinario*. Vol. 1. Clásicos de procedimientos civiles. México: Jurídica Universitaria, 2002.
- . “Las incompatibilidades”. En *Actos del juez y prueba civil*, editado por Fernando Quiceno Álvarez, 233-246. Bogotá: Editorial Jurídica Bolivariana, 2001.
- Andrade, Leonardo. *Práctica Tributaria*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2000.
- Andrade Ubidia, Santiago. *La casación civil en el Ecuador: doctrina, análisis de la Ley, su aplicación por las salas de lo civil y mercantil de la Corte Suprema de justicia, posibles reformas*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Andrade & Asociados, Fondo Editorial, 2005.
- Arévalo, Manuel. “El carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa y las sentencias anulatorias de actos en los que la Administración no entró en el fondo del asunto”. *Revista de administración pública*, n.º 42, (1963): 217-228. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2115651>.
- Benalcázar Guerrón, Juan Carlos. *Derecho procesal administrativo ecuatoriano: jurisprudencia, dogmática y doctrina*. Quito: Andrade & Asociados Fondo Editorial, 2007.
- . “El Proceso Contencioso Administrativo en el Código Orgánico General de Procesos”. *Ius Humani. Law Journal*, 5 (31 de diciembre de 2016): 280. doi:10.31207/ih.v5i0.117.
- Borja, Rodrigo. *Enciclopedia de la política*. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2002.
- Botto Oakley, Hugo. “Límites o alcances del debido proceso conforme a constitución, desde la óptica de la iniciativa probatoria”. En *Estudios de derecho procesal civil*:

- bases para un nuevo Código Procesal Civil*, editado por Paulo De la Fuente Paredes y Jornadas de Derecho Procesal Civil, 107-158. Santiago de Chile: Librotecnia, 2010.
- Cardoso Icaza, Jorge. *Manual Práctico de Casación Civil*. Bogotá: Temis, 1984.
- Cassagne, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.
- Chioventa, Giuseppe. “Deberes y poderes del juez”. En *Actos del juez y prueba civil*, editado por Fernando Quiceno Álvarez, 75-90. Bogotá: Editorial Jurídica Bolivariana, 2001.
- Cueva, Lorena. *El principio de congruencia en el proceso civil*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2013.
- De la Rúa, Fernando. *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Depalma, 1991.
- Devis Echandía, Hernando, y Adolfo Alvarado Velloso. *Compendio de la prueba judicial*. Santa Fe: Rubinzal y Culzoni, 1984.
- Devis Echandía, Hernando. “La iniciativa probatoria del juez civil”. En *Actos del juez y prueba civil*, editado por Fernando Quiceno Álvarez, 213-232. Bogotá: Editorial Jurídica Bolivariana, 2001.
- . *Teoría general de la prueba judicial*. Bogotá: Temis, 2002.
- . *Teoría general del proceso aplicable a toda clase de procesos*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2004.
- Dromi, José Roberto. *Derecho administrativo*. 7^{ma}. ed. actualizada. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998.
- Durán, Elena. *Los recursos contencioso administrativos en el Ecuador*. Quito: Abya-Yala / Corporación Editora Nacional / Universidad Andina Simón Bolívar, 2010.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia No. 095-17-SEP-CC”. En *Caso n.º: 1734-15-EP*. 05 de abril de 2017.
- . “Sentencia No. 118-16-SEP-CC”. En *Caso n.º: 1168-14-EP*. 13 de abril de 2016.
- . “Sentencia No. 278-15-SEP-CC”. En *Caso n.º: 990-11-EP*. 02 de septiembre de 2015.
- . “Sentencia No. 245-12-SEP-CC”. En *Caso n.º: 0789-09-EP*, 24 de julio de 2012.
- Ecuador Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil. “Sentencia”. En *Juicio n.º: 180-93*. 31 de octubre de 1995.
- . “Sentencia”. En *Juicio n.º: 268-2002*. 07 de mayo de 2003.
- Ecuador Corte Suprema de Justicia, Sala Especializada de lo Fiscal. “Sentencia”. En *Juicio n.º: 166-99*, 13 de febrero de 2006.

- Ecuador Tribunal Distrital de los Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha. “Sentencia”. En *Juicio n.º:17811-2018-00195*. 27 de julio de 2020.
- . “Sentencia”. En *Juicio n.º: 17811-2017-00062*. 26 de marzo de 2018.
- Ecuador. *Código de Enjuiciamiento en Materia Civil*. Registro Auténtico 1907, 19 de octubre de 1907.
- . *Código de Procedimiento Civil*. Registro Oficial 133, Suplemento, 07 de febrero de 1953.
- . *Código de Procedimiento Civil*. Registro Oficial 58, Suplemento, 12 de julio de 2005.
- . *Código Orgánico de la Función Judicial*. Registro Oficial 554, Suplemento, 09 de marzo de 2009.
- . *Código Orgánico General de Procesos*. Registro Oficial 506, Suplemento, 22 de mayo de 2015.
- . *Código Tributario*. Decreto Supremo 1016-A. Registro Oficial No. 958, Suplemento, 23 de diciembre de 1975.
- . *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- . *Constitución Política de la República del Ecuador*. Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998.
- . *Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. Registro Oficial 338, 18 de marzo de 1968.
- . *Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado*. Registro Oficial 312, 13 de abril de 2004.
- . *Reformas al Código Orgánico General de Procesos*. Registro Oficial 517, Suplemento, 26 de junio de 2019.
- Fairen Guillen, Víctor. “Los actos del juez”. En *Actos del juez y prueba civil*, editado por Fernando Quiceno Álvarez, 329-350. Bogotá: Editorial Jurídica Bolivariana, 2001.
- Fiorini, Bartolomé A. *Qué es el contencioso*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.
- García de Enterría, Eduardo, y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. 2 vols. Bogotá: Temis / Palestra, 2008.

- Goldschmidt, James Paul, y AC (México) Asociación de Investigaciones Jurídicas. *Principios generales del proceso*. Clásicos de la teoría general del proceso. 4 volúmenes. México: Jurídica Universitaria, 2001.
- Gordillo, Agustín Alberto. *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas: Teoría General del Derecho Administrativo*. 10 tomos. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013.
- Guarderas Izquierdo, Ernesto, María Belén Cañas y Ricardo Hernández González. *COGEP: manual práctico y analítico: procedimientos, audiencias y teoría del caso*. Quito: Ediciones Legales, 2016.
- Hunter Ampuero, Iván. “El Principio Dispositivo y Los Poderes Del Juez”. *Revista de Derecho (Valparaíso)*, n.º 35 (diciembre de 2010): 149-188. doi:10.4067/S0718-68512010000200005
- Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. *El Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica, Historia, Antecedentes, exposición de motivos*. Montevideo: Editorial MBA, 1988.
- López Jácome, Nelson, y María Eugenia López Pozo. *Guía del procedimiento oral contencioso administrativo (COGEP)*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2016.
- López Medina, Diego. *El proceso penal entre la eficiencia y la justicia*. Colombia: Consejo Superior de la Judicatura, 2006.
- Mejía Salazar, Álvaro R. *La oralidad y los principios del procedimiento*. Quito: Iuris et Historia, 2018.
- Monroy Gálvez, Juan F. “La función del juez en la historia”. En *Actos del juez y prueba civil*, editado por Fernando Quiceno Álvarez, 9-26. Bogotá: Editorial Jurídica Bolivariana, 2001.
- . *Teoría general del proceso*. Lima: Palestra Editores, 2007.
- Montaña Pinto, Juan, ed. *Apuntes de derecho procesal constitucional*. Tres tomos. Cuadernos de trabajo / Corte Constitucional para el período de transición. Quito: Corte Constitucional de Ecuador / Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2011.
- Montero Aroca, Juan, ed. *Derecho jurisdiccional. 1: Parte general*. 13ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- . *La prueba en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 2012.

- Morales Tobar, Marco. *Manual de derecho procesal administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.
- Morello, Augusto M. “Modernidad de la Prueba”. En *Actos del juez y prueba civil*, editado por Fernando Quiceno Álvarez, 527-542. Bogotá: Editorial Jurídica Bolivariana, 2001.
- Moron Palomino, Manuel. “La prueba procesal”. En *Actos del juez y prueba civil*, editado por Fernando Quiceno Álvarez, 351-368. Bogotá: Editorial Jurídica Bolivariana, 2001.
- Oliveira, Carlos Alberto Álvaro de. “Poderes del Juez y Visión Cooperativa del Proceso”. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir. / UFRGS* 1, n.º 2 (30 de agosto de 2014): 131-163. doi:10.22456/2317-8558.49875
- Palacios Soria, Johnny. *Generalidades del código orgánico general de procesos una mirada dentro del aspecto doctrinario de las instituciones jurídicas del nuevo sistema procesal*. Quito: s. e., 2017.
- Picó I Junoy, Joan. “El Derecho Procesal entre el Garantismo y la Eficacia: Un Debate Mal Planteado”. *Derecho & Sociedad*, n.º 38 (3 de julio de 2012): 274-280. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13126>
- Quintero, Beatriz, y Eugenio Prieto. *Teoría general del proceso*. Bogotá: Temis, 1995.
- Ramírez Carvajal, Diana María. “Facultades probatorias del juez en el estado social de derecho”. En *Confirmación procesal*, editado por Adolfo Alvarado Velloso, Oscar A. Zorzoli y Gustavo Calvinho, 231-58. *Derecho Procesal Contemporáneo*. Buenos Aires: Ediar, 2007.
- . *La prueba de oficio: una perspectiva para el proceso dialógico civil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.
- Ramírez Romero, Carlos. “Los principios orientadores del Código Orgánico General de Procesos: Una introducción necesaria”. En *Principales cuestiones acerca del Código Orgánico General de Procesos en preguntas y respuestas*, editado por Carlos Ramírez Romero y Derecho Vigente. Quito: Corte Nacional de Justicia, 2015.
- . *Apuntes sobre la prueba en el COGEP*. Quito: Corte Nacional de Justicia, 2017.
- Redenti, Enrico. “Las funciones del juez y de las partes”. En *Actos del juez y prueba civil*, editado por Fernando Quiceno Álvarez, 41-60. Bogotá: Editorial Jurídica Bolivariana, 2001.

- Rodríguez Signes, Julio. “Algunas reflexiones sobre el proceso contencioso administrativo actual como instrumento para controlar judicialmente la actividad del Estado. La materia objeto del proceso y su necesaria revisión”. En *Revista de Derecho Público*, editado por Tomás Hutchinson y Horacio Rosatti. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2013.
- Satta, Salvatore. “Los poderes del juez”. En *Actos del juez y prueba civil*, editado por Fernando Quiceno Álvarez, 61-74. Bogotá: Editorial Jurídica Bolivariana, 2001.
- Secaira Durango, Patricio. *Curso breve de derecho administrativo*. Quito: Editorial Universitaria, 2004.
- Sentis Melendo, Santiago. “Facultades del juez”. En *Actos del juez y prueba civil*, editado por Fernando Quiceno Álvarez, 91-106. Bogotá: Editorial Jurídica Bolivariana, 2001.
- Silva Mejía, Pablo Javier. “La iniciativa probatoria del juez en el Código Orgánico General de Procesos”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, 2019. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/7001/1/T3008-MDP-Silva-La%20iniciativa.pdf>.
- Simons Pino, Adrián. “Poderes jurisdiccionales: el dilema entre el juez activo y el juez autoritario”. En *XXVI Congreso colombiano de derecho procesal*, editado por Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Instituto Colombiano de Derecho Procesal y Universidad Libre de Colombia. Bogotá: Universidad Libre: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2005.
- Suárez Manrique, Wilson Yesid. “El rol del juez en el Estado constitucional”. *IUSTITIA* 0, n.º 12 (24 de septiembre de 2016): 103-120. doi:10.15332/iust.v0i12.1492.
- Taruffo, Michele. *El proceso civil adversarial en la experiencia americana: el modelo americano del proceso de connotación dispositiva*. Bogotá: Editorial Temis, 2008.
- Troya Cevallos, José Alfonso. *Elementos de derecho procesal civil*. Quito: Pudeleco Ediciones, 2002.
- Troya Jaramillo, José Vicente. “El contencioso tributario en el Ecuador”. En *Memoria: Iras Jornadas Bolivianas de Derecho Tributario*, editado por Carlos Castañón Barrientos y Patricia Montaña Durán, 75-100. La Paz: Superintendencia Tributaria General, 2008.

Velázquez Baquerizo, Ernesto. *La Nueva justicia administrativa: diagnóstico de derecho contencioso administrativo y fiscal en el Ecuador*. Quito: Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, 1995.

Yépez Garcés, Diego Francisco. *Litigación oral civil: la contienda adversarial: trasplante y prueba testimonial*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016.

Zavala Egas, Jorge E. *Código orgánico general de procesos - COGEP: notas de estudio*. Ecuador: Murillo Editores, 2016.